جامـــعة الجزائر

كلية العـلوم الإسـلامية

قسم الشريعة

أسباب الطلاق في قانون الأسرة المالي مقارناً بالشريعة الإسلامية

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في العلوم الإسلامية

إعداد الطالب:ماحمادو الأسـان.

الموسم الجامعي:1428هـ/2007م.

جامـــعة الجزائر

كلية العـلوم الإسلامية

قسم الشريعة

أسباب الطلاق في قانون الأسرة المالي مقارناً بالشريعة الإسلامية

مذكرة ماجستير لنيل شهادة ماجستير في العلوم الإسلامية

إشـراف الـدكتــور: مـــبروك المصري

إعداد الطالب:ماحمادو الأسان.

	أعضاء لجنة المناقشة			
	الاسم واللقب			
1	دكتور رشيد بن شيوخ			رئيسا
2	دكتور مبروك مصري			مقررا
3	دكتور سعيد بووزرى			عضوا
4	دكتورة عقيلة حسين			عضوا

الموسم الجامعي:1428هـ/2007م.

.الإهـــداء .

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى روح والـدي الكـريمين وأرجـو مـن الله أن يكـون خالصـا لوجهـه الكريـم وأن يجعله في ميزان حسناتهما إنه ولي ذلك والقادر عليه .

وإلى فضيلة الشيخ أخي الكريـم إدريس حناكوكو حمزة حرسـه الله وأطال عمره على طاعة الله وبارك لنا فيه الذي كان بجانبي طيلة الطريق ومنحنى كل ما في وسعه لأتعلـم خير العلوم وجميع أفراد العائلة وكـل من ساعدني من الأحباب والأصدقاء وأسأل الله تعالى أن يوفقنا بما فيه الخير و السعادة في الدنيا والآخرة .

التـــــــشكرات

يلزمني أن أوجه جزيل شكري وتقديري

إلى الأم الحنون الجزائر المحبوبة عامة وإلى المراكز الوطنيّة للتعليم: من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بالجزائر، وخاصةً إدارة شؤون الطلبة الأجانب فيها والديوان الوطني للخدمات الجامعية .

وأخص بشكري وتقديري الفائق إلى السيد المخلص شيخي الدكتور مصري مبروك حرسه الله وأطال عمره على طاعة الله الذي كان لي مشرفا مثاليا ومرشدا صائبا على هذا البحث .

وتقديري وعرفاني لكلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر وإدارتَها وعُمّالَها وخاصة أساتذتها .

بسم الله الرحمان الرحيم

والصلاة والسلام علي رسول الله

وبعد

وهذا ملخص لقانون الأسرة المالي

لقد أقرت الجمعية الوطنية لجمهورية مالي بتاريخ **3** فبراير **1962** قانونا بشأن الزواج والوصاية في جمهورية مالي وقد أصدر رئيس الحكومة بناء علي دستور جمهورية مالي وبناء علي القانون رقم **62-17** الصادر عن الجمعية الوطنية لجمهورية مالي ما يلي

المادة 1: "نشر القانون الذي أصدرته الجمعية الوطنية ."

المادة 2: "يسجل هذا المرسوم وينشر في الجريدة الرسمية."

وقد تعرض هذا لقانون لكيفية الزواج في جمهورية مالي وما يترتب على ذلك من حقوق لكل من الزوجين، وكذلك شروط الزواج والطلاق بأشكاله وكيفية تدخل القضاء في كل من الزواج، الطلاق، النفقة وما قد يتعرض له أحد الطرفين من عقوبة أو امتياز، وكذلك لم يتجاهل الوصية والحجر على الأبناء، حيث بلغت مواد هذا القانون المتعلق بقانون الأسرة المالي **159** مادة وهي موجودة في ملحق باللغة العربية.

مقــــدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره،ونستهديه ونعوذ به من شرور أنفسنا ومن سـيئات أعمالنا، ثم نصلي ونسلم على أشرف خلق الله محمد بن عبد الله، صلوات الله وسلامه عليه، أدى الأمانة، ونصح الأمة، وجاهد في الله حق جهاده حتى أتاه اليقين، وترك أمته على المحجة البيضـاء، ليلها كنهارها، لا يزيغ عنها إلا هالك.

أما بعد:

فإن الشريعة الإسلامية جاءت حاكمة ومنظّمةً لجميع مناحي حياة المجتمع المسلم، علاقاته مع ربه، وعلاقاته فيما بين أفراده، فحددت ضمن تلك العلاقات ما يمكن أن يربط بـين الرجـل والمرأة، وهو ما يصطلح عليه باسم الزواج، فبينت أركانه وشروطه وضوابطه،كما أبرزت حقوق الطرفين، وواجبات كل واحد منهما، ثم رتبتِ الجزاء المترتب على الإخلال بتلـك الحقـوق، أو التقصير في تلك الواجبات، والمتمثل في الطلاق.

والشريعة الإسلامية وإن أجازت الطلاق، إلا أنها جعلته للضرورة إثر الشقاق والنشوز ولم يتم الأمرُ إلى وِفاقٍ بين الزوجين، وذلك رفعاً للضرر، لأن الله سبحانه وتعالى شرع الزواج علـى الدوام والبقاء، كما يريد أن تنشأ منه المودةُ والرحمة، قال تعالى : ((وَمِنۡ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجًا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحۡمَةًۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَأَيَـٰتٍ لِّقَوۡمٍ يَتَفَكَّرُونَ)).

فإذا قام كل واحد من الزوجين تجاه الآخر بما عليه من حقوق وواجبات لنعمـت الحيـاة الزوجية، ولكن إذا ما ساءت المفاهيم وكثر النزاع والخصام، وصار كل واحد يدبر للآخر المكايد، ويسبب له المتاعب، كان لا بد من رفع الحرج، ودفع الضرر، والأخذ بأقل الضررين، بحل رابطـة الزوجية، ولا يتم ذلك إلا عن طريق الطلاق.

ولم يكن الإسلام مرغباً في الطلاق، ولا داعياً إليه، بل كان أبغض الحلال إلى الله تعـالى، لقوله ﷺ: « أَبْغَضُ الْحَلاَلِ إِلَى اللهِ تَعَالَى الطلاَقُ ». وقوله ﷺ أيضا: « أيمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا الطلاَقَ فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنةِ ».

وكذلك نجد الله سبحانه وتعالى يحث الأزواج على الصبر والتحمل في حسن معاشرة الزوجـات، يقول تعالى: ﴿ فَإِن كَرِهۡتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكۡرَهُواْ شَيۡـًٔا وَيَجۡعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيۡرًا كَثِيرًا ﴾.

فعلى هذا يكون الطلاق علاجاً نائياً، لا يقدم عليه إلا للضرورة، التي تم بياناها سلفاً.

والناظر في واقع المجتمع المالي مِن مُلابساته الحديثة اجتماعيّاً وقانونيّاً، يجد عدم مبالاة بآثار الطلاق، ولا بالحقوق المترتبة عليه، وما نتج عنها مِن كثرة وقوع الطلاق في المجتمع، والمتتبع لوقائع الطلاق في القانون المالي يجدها – في الغالب - لا تنطوي على سببٍ حقيقي.

وسأحاول الوُقوفَ على هذه الأزمة الاجتماعية من خلال هذا البحث المعد لمذكرة ماجستير في تخصص الفقه وأصوله بإذن الله تعالى، ونسأله عز وجل أن يوفّقنا ويُلهمنا الصواب، إنه على ذلك لقدير.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في تحليل أسباب الطلاق، بغية الوصول إلى الأسباب الحقيقية في إيقاع الطلاق، والقيام على الأحكام الشرعية استقراءً ودراسة تحليلية بهدف التعرف على الأسباب الشرعية الصحيحة، ومقارنتها بأحكام القوانين الوضعية، وذلك بالإجابة عن الإشكالية التالية:

ما هي الأسباب الحقيقية التي اعتبره قانون الأسرة المالي في إيقاع الطلاق؟ وهل تختلف عن تلك التي حددتها الشريعة الإسلامية في إيقاع الطلاق؟.

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسة جملة من الأسئلة، أصوغها فيما يلي:

- هل يجوز لكل من الزوجين طلب الطلاق في القانون الوضعي المالي ،كما عليه الأمر في الشريعة الإسلامية ؟.
- هل للمرأة منع نفسها من زوجها لعدم وفاء الزوج بمؤجل صداقها ؟ وهل يعتبر ذلك خروجاً عن الشرع أم لا؟ ثم هل يعتبر ذلك سبباً من أسباب الطلاق في القانون الوضعي المالي؟.
- هل المرأة الناشز تستحق النفقة...؟ ومتى تكون النفقة واجبة للزوجة؟.
- هل يعتبر عمل الزوجة بصفة التمكين مسقطاً لحقها في النفقة أم لا؟.
- هل تستحق المرأةُ التي لا تصح لمقصود الزواج النفقةَ؟.
- هل المرأة المريضة مرضاً يمنع مباشرة الزوج لها تستحق النفقة؟.
- ما هي الأسباب التي اعتبرها قانون الأسرة المالي في الطلاق؟ ثم عند مقارنتها بالشريعة الإسلامية ماذا نستنتج ؟.

أسباب اختيار الموضوع:

* لقد حِدْتُ إلى اختيار موضوعٍ لِمذكرة الماجستير بعنوان: [**أسباب الطلاق** في **قـانون الأسرة** المالي **مقارنةً بالشريعة الإسلامية]** وذلك لدواعي يمكن إجمالها في ما يلي:

أولا: كثرة وقوع الطلاق في مجتمعنا – المجتمع المالي- مع جهل الناس بشرع الله تعـالى، وما يترتب على ذلك من ضياع للحقوق، وأقرب مثال على ذلك خروج المطلقة من بيت الزوجية بمجرد وقوع الطلاق، الذي ينجم منه قَطْعُ كل الصلات بينها وبين الزوج، فلا يلتزم الزوج تجاهها بأي التزام ماليّ.

ثانيا: كثرة الكلام حول الطلاق، مع اتهام الإسلام بإباحته الطلاق، دون الوقوف علـى أدنى معرفة بالأسباب التي اعتبرها الإسلام في إيقاع الطلاق، والتي تبين مدى حرصه على بقـاء الرابطة الزوجية، وما يترتب على الطلاق من آثار وحقوق وواجبات، والتي تهدد كل واحد مـن الزوجين عند التفكير في الإقبال عليه، فلا يقبل إليه إلا لضرورة.

* أما ما نراه من إقدام بعض الناس على الطلاق من غير داعٍ فمن إسـاءة التطبيـق، ولا معرفة متى يجوز، ومتى لا يجوز مما يستدعي مني كباحث أن أوضح هذا الأمر، عله يقلل من ظاهرة الطلاق.

ثالثا: لأقف على رأي كلٍّ مِن الشريعة الإسلامية والقـانون المـالي في وقـوع الطـلاق والأسباب التي تؤدي إلى وُقوعِها؛ ولأساهم - ولو بجهدٍ قليل – في إحياء التراث الإسلامي الحنيف، وفي خدمة الوطن ولو بصفة ضئيلة، ولأستفيد وأُفيد غيري بهذه الدراسة العلمية المقارنة.

أهمية البحث:

وتتمثل أهداف هذا البحث في ما يلي:

1 - أنه بحث يسعى لِيقف على الأحكام الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية.

2 – أنه بحث يحاول بيان ما يوافق الشريعة الإسلامية، وتحليل النصوص القانونية المتعلقـة بأسباب الطلاق، ودراستها دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية.

3 - يقوم بتقييم قانون الأسرة المالي في تناوله لأسباب الطلاق بمقارنته بالشريعة الإسلامية.

4 - أنه يحاول الإفادة من قانون الأسرة المالي، مع سد الفراغ الذي يستفيد منه الـوطن أو المواطنون بهذه الْمُقارنة.

1. منهج الدراسة:

وسأتبع في إعداد هذا البحث منهجاً تحليلياً مقارناً، فأقوم أولاً بتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة المالي، فأستنبط منها الأحكام التي فهمتها، ثم أقارنا بالأحكـام الشرعية قدر الإمكان.

الدراسات السابقة:

لا أدعي أنني أول مَن تقدم بالبحث في مثل موضوع الطلاق في قانون جمهوريـة مـالي، ولكن يمكنني القول بأنني لم أقف على دراسة في هذا الموضوع مقارنة بالشريعة الإسلامية في أسباب الطلاق وما يتعلق به مِن حقوق ونحوها، وإنما وقفت على بعـض الدراسـات الأخـرى تمـس موضوعي هذا، منها:

رسالة الدكتور المصري مبروك للماجستير، بعنوان: [دراسة تحليلية لباب انحلال الـزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية] تناول فيه الباحث الطلاق بوجـه عـام، حاول أن يبرز فيه مدى الموافقة والمخالفة بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي بوجه عام. وقد اعتمدت كثيرا على رسالة الدكتور المصري مبروك لما وجدت فيه ما لا غنا عنه في موضـوع هذا البحث.

ورسالة أخرى للباحث العربي مجيدي، بعنوان:[نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة] تناول فيها الباحث التعسف في استعمال حق الطلاق من طرف الأزواج،وهي رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير بجامعة الجزائر،كلية أصول الدين لسنة 2001-2002م.

خطة البحث:

وقد قسمت هذا العمل وفق الخطة الآتية:

مقـدمة: (أهمية البحث، أسباب اختيار البحث، إشكالية البحث، منهج البحث، الدراسـات السابقة، خطة البحث).

الفصل ألأول: أسباب الطلاق

المبحث الأول: مفهوم الطلاق المطلب الأول: التعريف لغة واصطلاحا المطلب الثاني: مشـروعية الطلاق المطلب الثالث: المطلب الثالث: من يقع طلاقه من الأزواج.

المبحث الثاني: أنواع الطلاق المطلب الأول: ألفاظ الطلاق المطلب الثاني: إعتبار الصيغة في الطلاق المطلب الثالث: مناقشة قانون المالي

الفصل الثاني: أسباب غير إرادية.

المبحث الأول: ف انحلال عقد الزواج بوفاة أحد الزوجين المطلب الأول: انحـلال الرابطـة الزوجية بسبب الوفاة المطلب الثاني: حداد المتوفى عنها زوجها.

المبحث الثاني: انحلال عقد الزواج بالعيب في أحد الزوجين المطلب الأول: العيوب الموزة للتطليق المطلب الثاني: المطلب الثاني: نوع الفرقة التي تقع بالخيار.

المبحث الثالث: انحلال عقد الزواج لفقدان أحد الزوج المطلب الأول: التطليق لفقـدان الـزوج المطلب الثاني:التطليق بسبب الغيبة.

الفصل الثالث: أسباب إرادية.

المبحث الأول: التطليق بسبب الضرار المطلب الأول: **النشوز** المطلب الثاني: النفور المتبادل بـين الزوجين.

المبحث الثاني: الخلع المطلب الأول: في تعريف الخلع المطلب الثاني:الضوابط الشـرعية للخلـع المطلب الثالث: الأخذ في الخلع بأكثر مما أعطاها.

المبحث الثالث: إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة المطلب الأول: التطليق بسبب الإعسار عن النفقة المطلب الثاني: التطليق بسبب الكفاءة المطلب الثالث: الضرر المخول للمطالبـة بـالتطليق بسبب التعدد الزوجات.

الفصل الأول:

أسباب الطلاق

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الطلاق

المبحث الثاني: من يقع طلاقه ومن لا يقع طلاقه

المبحث الأول: مفهوم الطلاق

* في هذا المبحث نود أنْ نُعرّف الطلاق لغة وفي اصطلاح الشريعة والقانون، وحكمة مشروعيته في الشريعة، والمقارنة بين الشريعة والقانون، وذلك تحت المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تعريف الطلاق لغة واصطلاحا

* وينبغي لنا هنا أن نقوم بتعريف الطلاق تحت نقطتين فيما يلي:

الأول: في اللغة:

* والطلاق في اللغة مِن: طَلق يُطَلق طَلاَقاً وَتطْلِيقاً وَتطْلِيقَةً؛ يُقال: امرأة طالقٌ وطالقة، بالهاء وبغير الهاء، إذا أطْلَقَ سراحَها زوجُها وفارَقَها وَتَرَكَها، ويقال: طلقتُ البلاد: فارقْتها وطلقتُ القومَ: تَرَكْتُهم(1).

* والطلاق أصله التخلية من وثاق، ومنه استعير: طلقت المرأة نحو خليتها فهي طالق، أي: مخلاة من حبالة النكاح، والتركيب يدل على الحل والانحلال، يقال: أطلقت الأسير، خليتُ عنه فانطلق، أيْ: ذهب في سبيله، ومن هنا قيل أطلقتُ القولَ، أيْ: أرسلْته بغير قيدٍ ولا شرطٍ (2).

* والطلاق يُطْلَق لمعنيين، أحدهما: حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى: التخلية والإرسال؛ ويقال للإنسان إذا عتق: طليقٌ، أي صار حراً (3).

* والطلاق: عبارة عن إزالة القيد سواء كان حسيا كقيد الفرس وقيد الأسير، أو معنويا كقيد النكاح، وهو مأخوذ من الإطلاق بمعنى الإرسال والحرية(4).

* يقول الرجل: أطلقت إبلي إذا أرسلها من عقال وقيد، وطلقتُ امرأتي: إذا فارقَها وأطلقها مِن وثاق، إلا أنَّ العُرْفَ قد جرى على قصر الإطلاق على القيد الحسّيّ، وقصر الطلاق على رفع القيد المعنويّ (5).

الثاني: اصطلاحا:

والطلاق شرعا: هو إزالة ملك النكاح(1).

---

[1] ـ لسان العرب: لابن منظور المصري الإفريقي، ج10، ص227

[2] ـ التعاريف: محمد عبد الرءوف المناوي، تحقيق: محمد رضوان الداية، ص484، ط1 (1410هـ)، دار الفكر المعاصر، دار الفكر، بيروت، دمشق.

التعريفات: علي بن محمد الجرجاني، تحقيق: إبراهيم الأبياري، ص183، رقم [920] ط1 (1405هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت.

[3] ـ المرجع نفسه: ج10، ص227

[4] ـ أنظر: المبسوط: ج5 ص3 والأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: محمد محي الدين عبد الحميد ص 250

[5] ـ أنظر نفس المراجع ص250

* وقيل: هو حل العصمة المنعقدة بين الأزواج بألفاظ مخصوصة في الحال أو المآل؛ وقد عرف برفع الحل الذي به صارت المرأة محلا للنكاح وإذا تم العدد ثلاثة كما في قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾[البقرة: 230] (2).

وقد اخترنا هذين التعريفين لشمولهما الطلاق من حيث الرجعي والبائن، لأن الطلاق يكون في الحال إذا كان بائنا ويكون في المآل إذا كان رجعيا، وكذلك في التعريف الثاني قيد رفع الحل بالعدد الثلاثة، لأن الطلقة الواحدة والثانية لا ترفعان الحل الذي به صارت المرأة محلا للنكاح يحسبان على الزوج من عدد الطلقات التي يملكها على الزوجة حتى إذا طلقها ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره.

الثالث: تعريف الطلاق في اصطلاح قانون الأسرة المالي

* أما تعريف الطلاق في اصطلاح قانون الأسرة المالي، فإن المُشرّع المالي قد عرفه بـ Le Divorce. وهي تعني Dissolution. بأنه انحلال رابطة الزوجية وإنهائها بحكم قضائي، وقد نص على ذلك في المادة (Article 57) مِن القانون، حيث يقول: يفسخ الزواج:

1 - بوفاة أحد الزوجين.

2 - بالطلاق الشرعي: وهو الطلاق في المحكمة بحكم القاضي(3).

الرابع: مناقشة قانون الأسرة المالي

ونجد المشرع المالي في تعريفه لم يذكر الطلاق بل تعرض لذكر الفسخ والفرقة بوفاة أحد الزوجين والتطليق بحكم القاضي.

وقد رأينا تعريف الفقه الإسلامي للطلاق وتقيده بألفاظ مخصوصة أي أنه لا يقع إلا بلفظ الطلاق أو ما يقوم مقامه من الألفاظ.

وهنا نجد الغموض وعدم التوضيح في تعريف المشرع المالي من حيث أنه لا يفرق بين الفرقة والفسخ والطلاق وسنحاول أن يبين الفرق بين الطلاق والفسخ والفرقة

الفرقة أعم من الطلاق والفسخ حيث يشمل كل ما تنحل به عقدة الزوجية سواء كان بالموت أو بإرادة الزوج المنفردة أو بإرادتهما معا عن طريق الخلع أو بتطليق القاضي عند حدوث الضرر

---

1 ـ **التعاريف:** محمد عبد الرءوف المناوي، ص484، ط1 (1410هـ). **التعريفات:** علي بن محمد الجرجاني، ص183، رقم [920] .

2 ـ انظر/ لجامع لأحكام القرآن لإمام القرطبي: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي أبو عبد الله ج3 ص120، المبسوط : ج4 ص41 والطلاق حقوق الأولاد والأقارب لد كتور أحمد محمود الشافعي ص3

3 ـ **أنظر المرسوم رقم 17 المتعلق بنشر القانون رقم 62ـ17 الذي أقرته الجمعية الوطنية بتاريخ 3 فيراير 1962 بشأن** الزواج والوصايا: ص26، 27، إصدار وزارة العدلية، حرر وبحث في جلسة علنية في باماكو، 3شباط(فبراير)، سنة1962م.

ثانيا: الفرق بين الطلاق والفسخ

1 ـ الطلاق يعتبر إنهاء لعقد الزواج، وأما الفسخ فهو إزالة ما يترتب علي العقد من أحكام قد يكون بسبب أمر طارئ ويمنع بقاء النكاح بعد نشوئه تاما صحيحا (كفسخ الزواج بسبب ردة أحد الزوجين).

2 ـ الفسخ ينحل به الرابطة الزوجية في الحال دائما وأما في الطلاق فقد يكون كذلك إذا كان بائنا وقد يقطع هذه الرابطة في المآل إذا كان رجعيا.

3 ـ الطلاق لا يكون إلا في نكاح صحيح، وأما الفسخ فقد يكون في نكاح صحيح وقد يكون في نكاح فاسد وقد يكون فى الباطل أو المختلف فيه.

4 ـ الطلاق يكون بائنا لا رجعة فيه وقد يكون رجعيا يملك الزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة وأما الفسخ فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها دائما.

5 ـ الفرقة التى تعد طلاقا تنقص من عدد الطلقات الثلاث التى يملكها الزوج وأما الفسخ فلا تعد من الطلقات الثلاث[1].

وعلي هذا نقترح علي المشرع المالي الضبط في تعريف الطلاق لأن الطلاق مشكلة اجتماعية يتعلق عليها كثير من الحقوق مما يستحق الضبط والتقيد ولا يقبل الغموض والتعميم وبهذا السبب عليه إعادة الصياغة في تعريف الطلاق وأن يميز بين الطلاق والفسخ لأن الضرورة يقتضي ذلك.

وكما نقترح عليه باعتبار الألفاظ والصيغ التي يقع بها الطلاق فى العرف عند كل قبيلة، لأن لكل قبيلة صيغته المعروف في إيقاع الطلاق.

وعلى سبيل المثال في قبيلة سنغاي فإذا قال الرجل لزوجته{أي نانيفاي} بمعنى فارقتكِ، وهو صريح في الطلاق عندهم، ومثل ذلك عند قبيلة بمبارا، إذا قال الرجل لزوجته {نِيِيفُرُوسا} بمعنى حللتُ عقدة زواجكِ، وهو صريح في الطلاق عندهم، لأن الضرورة تقتضي ذلك حيث أن مجتمع مالي مجتمعٌ إسلامي، ويجب حفظ دينهم وأنسابهم، لأن ذلك من الضروريات الخمس التي يجب حفظها وهي الدين والعقل والمال والعرض والنسب، وأن عدم اعتبار الألفاظ التي يقع بها الطلاق إلا بحكم القاضي وإطلاق الطلاق بغير قيد بلفظ ولا نية يؤدي إلى اختلاط الأنساب التي أمر الشارع الحكيم بحفظها.

[1] ـ أنظر الأحوال الشخصية الإمام محمد أبو زهر ص 278 دار الفكر العربي، وشرح قانون الأحوال الشخصية السوري ج 2 الطلاق وآثاره لدكتور عبد الرحمان الصابوني ص14 ط 5 المطبعة الجديد دمشق و أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون أحمد إبراهيم بك ص 270 الكتبة الأزهرية للتراث

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق

* إن وُقوع الطلاق بين الزوج والزوجة، قد ثبتت مشروعيته في الكتـاب والسـنة النبويـة وبالإجماع:

أ – **من الكتاب**: أما مشروعية الطلاق في الكتاب فقد وردت فيها آيات كثيرة، منها قول الله سبحانه وتعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾[1].

* وقوله تعـالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمۡۖ لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ لَا تَدۡرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا ﴾[2].

ومن السنة: فقد وردت أحاديث صحيحة تثبت مشروعية الطلاق، منها حديثُ عَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَـرَ ﷺ أنهُ طَلَقَ امْرَأتَه وَهْىَ حَائِضٌ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطابِ رَسُولَ اللهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: « مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثم لِيُمْسِكْهَا حَتى تَطهُرَ ثُم تَحِيضَ ثم تَطهُرَ ثم إنْ شَاءَ أمسَكَ بَعْدُ وَإنْ شَاءَ طَلقَ قَبلَ أنْ يَمَس فَتِلْكَ الْعِدةُ التِي أمَرَ اللهُ أنْ تُطَلقَ لَهَا النسَاءُ »[3].

أما بالإجماع: فقد أجمعت الأمة من لدن حياته ﷺ حتى الآن على جواز الطـلاق، والعقـل السليم يؤيِّد ذلك، لأنه ربما فسدت العلاقة بين الزوجين فيصير بقاء الزواج مفسدة محضة، وضـرراً مجرداً بإلزام الزوج بالنفقة والسكن وحبس الزوجة مع سوء المعاشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة، فاقتضى ذلك إباحة الطلاق[4].

* وقد ذهب بعض العلماء إلى عدم إباحة الطلاق إلا للضرورة، مستدلين على ذلك بقـول الرسول ﷺ: « أيمَا امْرَأةٍ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا مِنْ غَيرِ بَأسٍ لَمْ تَرِحْ رَائِحَةَ الْجَنةِ ». وعَنْ ثَوْبَـانَ أن رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: « أيمَا امْرَأةٍ سَألَتْ زَوْجَهَا طَلاَقًا مِنْ غَيرِ بَأسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنةِ »[5].

---

[1] ـ **سورة البقرة**، الآية: 229 ؛ وانظر في السورة نفسها الآيات من: 227 إلى: 241.

[2] ـ **سورة الطلاق**، الآية: 1.

[3] ـ محمد أبو عبد الله البخاري: **صحح البخاري**، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، ج5، ص2011، حد[4953]، ط3(1407هـ 1987م) متفق عليه، واللفظ للبخاري..

[4] ـ أنظر/ ، **المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل**: عبد الله بن احمد بن قدامة ج8، ص234، ط1، (1405هـ)، دار الفكر، بيروت.

[5] ـ أنظر **صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان** محمد بن حبان أبو حاتم التميمي ، تحقيق: شـعيب الأرنـؤوط، ج9، ص490، حـد[4184]، ط2(1414هـ 1993م) مؤسسة الرسالة، بيروت. قال شعيب الأرنؤوط: إسناده صحيح على شرط مسلم.

المستدرك على الصحيحين: محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري ، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطـا، ج2، ص218، حـد[2809]، ط1(1411هـ 1990م)، دار الكتب العلمية، بيروت. قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه.

* وقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلاً ﴾[1].

* فقالوا أنه لا شك بأن طلاق المرأة بدون ضرورة بغيٌ واعتداء عليها، وتلاعُبٌ بمشاعرها. وعلى هذا ذهب بعض العلماء إلى أن الأصل في الطلاق هو المنع فلا يحل للزوج أن يطلق زوجته بدون سبب[2].

ب - إباحة الطلاق

* إذا كان استقرار الحياة الزوجية غاية من الغايات التي يحرص عليها الإسلام، وعقد الزواج إنما يأخذ بالدوام والتأبيد، وكل لفظٍ في النكاح لا يفيد التأبيد فهو باطل، ألا ترى أن نكاح المتعة ممنوعٌ، لأنه متعِّلقٌ بالوقت، وهو أنْ يقول: أعطيك كذا أنْ أتمتع سنةً أو شهراً أو يوماً ونحو ذلك، وإنه باطلٌ عند عامة العلماء، وقال بعض الناس: هو جائزٌ، واحتجوا على ذلك بقول الله تعالى: ﴿ فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[النساء: 24].

* وكذا نكاح التحليل، فقد لعن الرسول ﷺ الْمُحِّلل والْمُحِّلل له لأن مقتضاهما ينفيان ما قصده الله تعالى مِن عقوبة، فإن من تمام هذه العقوبة أنْ طول مدة تحريمها عليه، وكان ذلك أبلغ فيما كسبه الشارع من العقوبة، لأنه إذا علم أنها لا تحل له حتى تقعد ثلاثة قروء ثم يزوِّجها آخر بنكاح رغبةٍ مقصودٌ لا للتحليل الْموجِبُ للعنة، ويُفارقها وتقعُدُ مِن فِراقه ثلاثة قروء أُخر، طال عليه الانتظار، وعِيلَ الصبرُ فأمسك عن الطلاق الثلاث[3].

* وعلى هذا نقول: إن الشارع الحكيم إنْ شرع الزواجَ على الدوام والتأبيد لِمَصلحة العباد، فقد شرع الطلاق إكمالا للمصلحة، لأن الإنسان لا يدرك إلا الظواهر، ولا يعلم إلا ما قد وقف عليه مِن باب التجريب في الحياة، فيقدم على الزواج على ما هو الأصل، وهو بناء الأسرة على المودة والرحمة والتعاون والسكن، وقد يقع الخطأ فى الاختيار والغلط فى التقدير ويدب الشقاق بينهما وعدم إمكان الإصلاح بينهما ولا يطيق كل واحد الآخر، ويكون دوامُ الزواج بينهما ضرراً مجرداً.

* والضرر إذا وقع يجب إزالته، إذْ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، ويكون ذلك بفكِّ العقد بين الزوجين إذا لَم يثمر الزواج ثمرتَه، وكان مكان المصلحة ضرراً ومشقةً، فلا بد من دفع الضرر، وكان الطلاق مصلحة إذا وافق ما شرعه الله سبحانه تعالى.

---

[1] ـ **سورة النساء**، الآية: 34.

[2] ـ أنظر الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الإسلامي لد كتور أحمد محمود الشافعي ص 6

[3] ـ أنظر/ إعلام الموقعين: محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ج2 ص دار الجيل بيروت 1973 90 تحقيق طه عبد الرءوف سعد.

ڗ - مناقشة القانون

قضي المشرع المالي بأن الزوج لا حق له في الطلاق وإنما حق الطلاق للقاضي وهذا ما تؤكده المـادة (58) من قانون الزواج والوصاية حيث تنص على ما يلي: ((ممنوع علي الرجل أن يطلق امرأتـه))[1]

ومن هنا سنناقﺂ المشرع المالي في هذه النقطة في المسائل التالية:

1 ـ من يملك الطلاق

جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل لا يقع إلا منه أو وكيله المفوô أو من الزوجة إذا فوضها الزوج متى كان أهلا لإيقاع الطلاق بمجرد التلفﻅ بأحد الألفاظ الدالة على الطلاق صراحة أو كنايـة أو عنـد تحقيق الشرﻁ الذى علق عليه الطلاق، وبناء على ذلك لا يقع طلاق ولي الصغير عليه ولو كان أبـاه ولا طلاق المولى على عبده لما رواه ابن ماجه والدارقطني عَنِ ابْنِ عَباسٍ قَالَ: أَتى النبـي ﷺ رَجُـلٌ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ إن سَيِّدِي زَوجَنِي أَمَتَهُ وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنِي وَبَيْنَهَا. قَالَ فَصَعِدَ رَسُولُ اللهِ ﷺ الْمِنْبَرَ فَقَالَ: «يَا أَيهَا الناسُ مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يُزَوِّجَ عَبْدَهُ أَمَتَهُ ثُم يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا، إنمَا الطـلاَقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالساقِ »[2].

وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمۡۖ لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ لَا تَدۡرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا ﴾[3].

وقوله تعـالى:﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾[4].

وهذه النصوص صريحة في أن الطلاق للزوج ولا يقع إلا منه أو من وكيله

---

[1] ـ أنظر المرسوم رقم 17 المتعلق بنشر القانون رقم 62ـ17 الذي أقرته الجمعية الوطنية بتاريخ 3 فبراير 1962 بشأن الزواج والوصايا ص 26.

[2] ـ أنظر أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون الإمام أحمد إبراهيم بك ص 341، ومحمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، سنن ابن ماجه: تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، ج1 ص 672 حد.2159

[3] ـ **سورة الطلاق**، الآية: 1.

[4] سورة البقرة آية 229

ويقول الإمام الشوكاني:« الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الواردة في الطلاق، هي كلـها مصرحة بأن الطلاق هو الواقع من الأزواج، ولم يرد غير هذا حتى يحتاج إلى الكلام عليه، فمن ادعى : أنه يصح طلاق من غير زوج فعليه البرهان، فإن نض به وإلا كانت دعواه ردا عليه، وأما ما ورد في التخيير والتوكيل، فهو كائن من جهة الزوج، فإنه إذا خير زوجته فقد جعل الأمر الذي هو إليها وهكذا إذا وكل وكيلا يطلق زوجته، إذا عرفت هذا، عرفت أن لا حاجة إلى الاستدلال على كـون الطلاق إنما يصح من الزوج »[1].

إذا كان الطلاق: هو حل للرابطة الزوجية التي أنشئت بحكم عقد الزواج بين الرجل والمـرأة وهـو ميثاق غليظ كما سماه المولى جل وعلى ومن ثم نطرح الإشكال التالي هل للزوج الحق في إنهاء الحياة الزوجية بإرادته المنفردة خلافا للقاعدة العامة المعروفة في القانون المدني من أن العقـد الـذي نشـأ بإرادتين لا ينحل إلا بما ((إن الشأن في العقود التي لا تتم إلا باجتماع إرادتين ألا تستقل بفسـخها إرادة واحدة كالبيع والإجارة وغير هما والزواج من هذه العقود لا يتم إلا باجتماع إرادتين فلا ينبغي أن تستقل بفسخه إرادة واحدة ويؤكد هذا المعنى أنه يعقد للدوام والبقاء فـلا ينبغـي أن نعرضـه للانقطاع))[2].

ولكن قد تتنافر القلوب ثم تستحكم النفرة بحيث لا يمكن أن تعود المودة وقد يستحكم الخلاف بـين الزوجين فيصبح الرابطة بينهما صورة من غير روح وقيدا من غير رحمة فلا تثمر ثمرتا ولا تحقق مـا أريد منها ولا يكون بها عفاف ولا شرف ولا تعاون فيصبح بقاء الرابطة بينهما ضرراً مجرداً.

ومن ثم فلا بد من اختيار واحد من أربع حالة.

1 ـ البقاء مع الحياة الزوجية رغم ما أصابها من وهن وضعف وتفكك وإضرار وهذه حال لا يمكن اختيارها وإن اختيرت لا يمكن بقاؤها وإن بقيت فليست من صالح الأسرة في شيء

2 ـ الفراق الجسدي والزوجية قائمة فتصبح المرأة كالمعلقة لا هي زوجة ولا هي مسرحة بالمعروف فيغنيها الله من سعته

3 ـ الطلاق برفع قيد الزواج وقد صار غلا ونقمة وهو في أصله نعمة ولاشك أن المنطق السليم يوجب أن يسلك في هذه الحال طريق الطلاق والطلاق حينئذ ضرورة لابد منها.

4 ـ أن يعطى القاضي حق التفريق بين الزوجين إذا ما شكا أحد الزوجين إضرار الآخر أو تعذر استمرار الحياة الزوجية بينهما

[1] - كتاب السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهـار-لمحمد بن على الشوكـاني- دار الكتـب العلمية - لبنان-340/2 .
[2] ـ أنظر الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب: علي حسب الله ص25 دار الفكر العربي

وعلي هذا إذا كان الطلاق ضرورة لابد منها فمن يملك الطلاق أيملكه القاضي أم يملكه الزوجين مجتمعين أم يملكه أحد هما منفردا الزوج أو الزوجة

وقد رأينا في الفقه الإسلامي أن الطلاق ملك للزوج وحده فله أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة استثناء من القاعدة العامة[1].

ويقول علي حسب الله ((وقد اقتضت الضرورة فتح الباب لحل عقدة الزواج فأباح الله ذلك للرجل وحده استثناء من تلك القاعدة ما شرع للضرورة علي سبيل الاستثناء لا يملك إلا علي الوجه الذي شرع به ولا يصح التوسع فيه فلا يملك الطلاق إلا الزوج ولا يملك الزوج منه إلا ما ملكه الله تعالي

وقال أبوبكر الجصاص ((إن حكم الطلاق مأخوذ من آيات في الكتاب الكريم لولاها لم يكن من أحكام الشرع))[2].

وإذا كان الطلاق حق للزوج فهل يقع من جميع الأزواج ومن الذي ملكته الشريعة الإسلامية الطلاق من الأزواج.

المطلب الثالث: من يقع منه الطلاق من الأزواج

1- اتفق الفقهاء جميعا على أن العاقل البالغ غير المكره إذا تلفظ بالطلاق قاصدا له، وقع طلاقه من حين تلفظ به. قال الخطابي اتفق عامة أهل العلم على أن صريح لفظ الطلاق إذا جرى على لسان إنسان البالغ العاقل فإنه مؤاخذ به ولا ينفعه أن يقول كنت لاعبا أو هازلا أو لم أنوه طلاقا أو ما أشبه ذلك من الأمور[3].

2- اشترطوا في الرجل لكي يقع طلاقه أن يكون بالغا عاقلا، ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم والمغمى عليه لأن الطلاق شرع حيث تكون المصلحة في إيقاعه ولا يدرك المصلحة إلا من يكون بالغا عاقلا لما روي عن علي مرفوعا إلى الرسولﷺ : ((أَلَمْ تَعْلَمْ أَن الْقَلَمَ رُفِعَ عَنْ ثَلاَثَةٍ عَنِ الْمَجْنُون حَتى يُفِيقَ وَعَنِ الصبيِ حَتى يُدْرِكَ وَعَنِ النائِمِ حَتى يَسْتَيْقِظ)) [4].

واختلفوا فيما عدا ذلك:

أولا: طلاق الصبي لا يقع وإن كان مميزا لأن الطلاق شرع حيث تكون المصلحة في إيقاعه لا يدرك المصلحة إلا من يكون بالغا عاقلا، ولأن الطلاق لا يخلو من الضرر يلحق المطلق فالصبي لا

---

[1] ـ أنظر: الفرقة بين الزوجين ص25والطلاق أحمد محمود الشافعي ص 12 وشرح قانون الأحوال الشخصية السوري عبد الرحمان الصابوني ص10 والأحوال الشخصية محمد أبو زهره ص 280.

[2] ـ أنظر: الفرقة بين الزوجين ص25

[3] ـ أنظر **انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية /** ادكتور المصري مبروك وعون المعبود العظيم آبادي: لمحمد شمس الحق العظيم آبادي أبو الطيب ج6 ص188

[4] ـ أنظر الأحوال الشخصية الإمام محمد أبو زهرة ص 288 وصحيح البخاري ج5 ص 2017.

يدرك وجه الضرر الذي يلحق به في إيقاع الطلاق واستدلوا بما روي عن علي مرفوعا إلى الرسول ﷺ: ((أَلَمْ تَعْلَمْ أَن الْقَلَمَ رُفِعَ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتى يُفِيقَ وَعَنِ الصبِيِّ حَتى يُدْرِكَ وَعَنِ النـائِمِ حَتى يَسْتَيْقِظَ)) [1].

وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما جواز طلاق الصبي ومثله عن الإمام أحمد أن طلاق الصبي يقع، وفي الرواية الثانية عنه أنه لا يقع هذا إذا عقل الصبي ، أما إذا لم يعقل فلا يقع طلاقه قولا واحدا[2].

والثاني: طلاق المخطئ والناسي والغافل.

من أراد التكلم مع امرأته بغير الطلاق فسبق لسانه ونطق بطلاق من غير قصد كما إذا أراد أن يقول لامرأته: أنت طاهرة، فسبق لسانه وقال لها: أنت طالق فإن طلاقه لا يقع بينه وبين الله تعالى، أمـا في القضاء فإنه يعتبر لأنه لا اطلاع للقاضي على ما في نفسه، ويقال لمن وقع منه ذلك: مخطئ

ومعنى هذا أنه إذا تلفظ به ولم يعلم به غيره فلا طلاق ولا أثم ولا حرج عليه في الاستمرار على هذه الزوجية، وإن سأل المفتى وجب عليه أن يفتيه باستمرار الزوجية وعدم وقوع الطلاق.

أما إذا علمت المرأة بذلك ورفعت أمرها إلى القاضي، أو احتسب بذلك أحد ممن سمعه فبلغ القضاء، فإن القاضي يحكم بالطلاق لأن القضاء ينبني على الظواهر والله يتولى السرائر[3].

ويقول الإمام أبو زهرة: « وقد قرر الفقهاء أن الطلاق في هذه الحالة يقع قضاء ولكن إذا لم يصـل الأمر إلى القضاء يصح أن يعيش مع أهله لأن العبرة بالنيات ولا نية له، ولا عبث منـه، ولا لعـب بالطلاق كالهازل ومازال ذلك هو المعمول به، ومن المستحسن أن يغير ذلك ، أيضاً ليـتم العمـل بالحديث« رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وأن الطلاق شرع للحاجة، فلا بـد من قصد صحيح إليه لحاجة باعثة عليه» [4].

وخالف الأحناف وقالوا يقع الطلاق من المخطئ بأن أراد التكلم بغير الطلاق فجرى علـى لسـانه الطلاق كأن يريد أن يقول سبحان الله فنطق خطأ بأنت طالق وذلك لأن اللفظ صريح فلا يحتاج إلى النية فيقع الطلاق قضاء لأن القضاء أحكامه على الظواهر ولا يقع ديانة لأن الديانة مبني أحكامهـا على النية[5].

---

[1] ـ أنظر الأحوال الشخصية: محمد أبوزهرة ص288 والطلاق لدكتور أحمد محمود الشافعي ص 17 وصحيح البخاري ج5 ص 2017 أنظر سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث أبو داود أالسجستاني ق محمد محيي الدين عبد الحميد ج1 - ص666 حد[1]2196 دار الفكر ب

[2] ـ انظر/ **انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية** / لدكتور المصري مبروك وعنه أنظر **شرح فتح القدير**: محمد عبد الواحد السيواسي ج3، ص، 488.

[3] ـ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك والفقه على المذاهب الأربعة: عبد الرحمن الجزيري ج 4 ص142.

[4] الأحوال الشخصية لابن زهرة ص 291.

[5] ـ أنظر أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون الإمام أحمد إبراهيم بك ص283.

والثالث: طلاق الهازل:

الهازل هو الذي يتكلم بالكلام من غير قصد لموجبه وحقيقته بل على وجه اللعب[1].

وإذا نطق البالغ العاقل بلفظ الطلاق صراحة غير قاصد له فإن طلاقه تقع وإن كان لا يقصد حقيقة كلامه لما روي عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ أن رَسُولَ اللهِ ﷺ قال: ثَلاَثٌ جِدُهُن جِدٌ وَهَـزْلُهُن جِـدٌ النِّكَـاحُ وَالطلاَقُ وَالرجْعَةُ »[(2)].

وقوله تعالى ﴿ وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗاۚ ﴾[3].

أي لا تتخذوا أحكام الله تعالي في طريق الهزل، فإنما جد كلها، فمن هزل بها لزمته وهذا ما ذهب عليه الجمهور[4].

وخالف الإمام أحمد وهو قول عند مالك والجعفرية وقالوا أن الهازل لا عزم له على الطلاق لعدم قصده إليه.

واستدلوا بـ :

1-قول الله تعالى : ﴿ وَإِنۡ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٞ ﴾ [5].

فالآية دلت علي اعتبار العزم في الطلاق، والهازل لا عزم منه

ولما روي عُمَرَ بْنَ الْخَطابِ فَقَالَ سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ : « إنمَا الأَعْمَالُ بِالنيةِ وَلِكُلِ امْرِئٍ مَا نَوَى فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى اللهِ وَإِلَى رَسُولِهِ فَهِجْرَتُهُ إِلَى اللهِ وَإِلَى رَسُولِهِ وَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ لِدُنْيَا يُصِيبُهَا أَوِ امْرَأَةٍ يَتَزَوجُهَا فَهِجْرَتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ »[(6)].

والهازل لا نية له ولم ينو الطلاق.

والرابع: طلاق المكره

وأما طلاق المكره فانه لا يقع البتة لأنه غير قاصد للطلاق وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه وهدا قول الجمهور.

واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه

---

[1] - أنظر إعلام الموقعين: ج3 ص.123.

[2] - أنظر سنن الترمذي ج 3 ص490 وسنن أبي داود ج1 ص666 و قال الشيخ الألباني حديث حسن

[3] - أنظر/ سورة البقرة 231

[4] - أنظر تفسير القرطبي: ج3 ص147.

[5] - أنظر سورة البقرة الآية 227

[6] - أنظر نيل الأوطار: ج7 ص13والبخاري – الإيمان – باب ما جاء أن الأعمال بالنية – 54- 30/1- نكاح 5- 1951/5و مسند أحمد بن حنبل ج1 ص25 إسناده صحيح على شرط الشيخين.

وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلي أن طلاق المكره يقع فإذا أكره الزوج علي طلاق زوجته فطلق وقع الطلاق لأنه تلفظ بالطلاق قاصدا مختارا عالما بما يقوله إلا أنه غير راض به وعدم رضائه بالطلاق لا أثر له في وقوع الطلاق[1].

ثانيا: طلاق المعتوه

وأما طلاق المعتوه فانه لا يقع لعدم معرفته بوجه المصلحة ولا يملك أحد التطليق عنه وإنما يطلق القاضي زوجته إذا طلبت هي وتحقق ما يوجب الطلاق شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم « إنَمَا الطلاَقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالساقِ »[2].

وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه [3].

ثالثا: طلاق السكران

وقد اختلف في طلاق السكران على قولين :

الأول: أنه إذا زال عقله بمحرم كالخمر وكل مخدر محرم كالحشيش فإن طلاقه يقع وقالوا أن السكران مكلف لأن اختياره شرب المسكر على وجه المحرمة مقام إرادة اللفظ عقوبة له ولهذا لو شرب المسكر مباحا وسكر أو لسبب مباح كما إذا خاف على نفسه الهلاك من العطش ولم يجد إلا خمرا يذهب به عطشه فشرب الخمر فسكر فطلق زوجته فلا يقع طلاقه

وهذا مذهب الحنفية والشافعي في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايات عنه،ومالك وقالوا بجواز وقوع طلاق السكران واحتج لهم بقوله تعالى : { يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَـٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعۡلَمُواْ مَا تَقُولُونَ }[4]. فإنه نهي لهم عن قربانها حال السكر والنهي يقتضي أنهم مكلفون حال سكرهم والمكلف يصح منه الإنشاءات

وبأن إيقاع الطلاق عقوبة له[5].

الثاني: وذهب الإمام أحمد في الرواية الثانية عنه ، وفي قول للإمام الشافعي وهو مروي عن الإمام مالك إلى أن طلاق السكران لا يقع واحتج بقوله تعالى : {يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ

[1] أنظر فتاوى السغدي علي بن الحسن محمد السغدي مؤسسة الرسالة دار الفرقان (1404) ط 2 م د صلاح الدين الناهي والطلاق لدكتور أحمد محمود الشافعي ص 19.

[2] ـ أنظر ومحمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، سنن ابن ماجه: تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، ج1 ص 672 حديث 2159

[3] ـ أنظر الطلاق لدكتور أحمد محمود الشافعي ص18 وأحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون لأحمد إبراهيم بك وصل علاء الدين أحمد إبراهيم ص283 وصحيح البخاري: ج5 ص2017 والجامع الصغير وزيادته: محمد ناصر الدين الألباني ج1 ص973 المكتب الإسلامي.

[4] ـ سورة النساء الآية 43 وقال الشيخ الألباني: (ضعيف) انظر حديث رقم : 4240 في ضعيف الجامع

[5] ـ أنظر/ الطلاق لدكتور أحمد محمود الشافعي ص18، والفرقة بين الزوجين علي حسب الله ص 68، **سبل السلام**: الأمير محمد الصنعاني، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، ج1، ص160 . **فتح القدير** : ج 1 ، ص468 .

وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ}[1]. فجعل قول السكران غير معتبر لأنه لا يعلم ما يقـول وبأنه غير مكلف لانعقاد الإجماع على أن من شرط التكليف العقل ومن لا يعقل ما يقـول فلـيس بمكلف أو بأنه كان يلزم أن يقع طلاقه إذا كان مكرهاً على شربا أو غير عالم بأنا خمر ولا يقولـه المخالف(2).

ثالثا: طلاق الإغلاق:

((إذا كان الغضب بحيث لا يعقل معه ما يقول ولا ما يفعل، وهذا إنما يقع للإنسان عنـد الفـرح الشديد أو عند الفزع الشديد أو عند شدة الغضب، حكمه حكم المجنون لا يقع طلاقه، لأن الرسول ﷺ يقول: « لا طلاق في إغلاق » رواه الإمام أحمد وأبو داود وعلق عليه بقوله: « أظنه الغضب » وقد فسر بالإكراه والغضب أيضا))(3).

والغضب على ثلاثة أقسام

أحدها : ما يزيل العقل فلا يشعر صاحبه بما قال وهذا لا يقع طلاقه بلا نزاع

والثاني : ما يكون في مباديه بحيث لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول وقصده فهذا يقع طلاقه

الثالث : أن يستحكم ويشتد به فلا يزيل عقله بالكلية ولكن يحول بينه وبين نيته بحيث يندم على ما فرط منه إذا زال فهذا محل نظر وعدم الوقوع في هذه الحالة قوي متجه(4).

Ǯ - محل الطلاق

محل الطلاق المرأة حال قيام الزواج ولا تكون المرأة محلا للطلاق إلا إذا كانت زوجـة حقيقـة أو حكما وقيامه حكما إذا كان المرأة من الطلاق الرجعي أو من الطلاق البائن بينونة الصغرى أو مـن فسخ لم ينقض العقد من أساسه ولم يزيل الحل كالفرقة بردة الزوجة لا يقع الطـلاق علـى المـرأة الأجنبية فإن كان تنجيزاً فإجماع وإن كان تعليقاً بالنكاح كأن يقول إن نكحت فلانة فهي طالق ففيه ثلاث أقوال[5]:

---

[1] سورة النساء الآية 43

[2] ـ أنظر المرجع السابق.

[3] ـ أنظر زاد المعاد: لابن القيم الجوزية ج5 ص195

[4] ـ أنظر زاد المعاد: لابن القيم الجوزية ج5 ص195

[5] ـ أنظر أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ص286، والطلاق وحقوق الأولاد والأقارب ص22 والأحوال الشخصية محمد أبو زهرة ص292.

1- ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوعه مطلقا سواء عمم كأن يقول كل امرأة أتزوجها فهي طالق، أم عين واحدة بعينها أو قبيلة أو نحوها وهو قول الشافعي وأحمد وقول عن مالك وهو مذهب جمهور أصحاب الحديث،

واستدلوا بما روي عن جابر رضي الله عنه قال : قالﷺ: " لا طَلاقَ إلا بَعْدَ نِكَاحٍ ولا عِتْقَ إلا بَعْـدَ مِلْكٍ "

وما أحسن ما قال ابن عباس قال الله تعالى : { يا أيها الذين امنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن } ولم يقل إذا طلقتموهن ثم نكحتموهن وبأنه إذا قال المطلق إن تزوجت فلانة هي طـالق مطلـق لأجنبية فإنا حين أنشأ الطلاق أجنبية والمتجدد هو نكاحها فهو كما لو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت وهي زوجته لم تطلق إجماعاً.

2- وذهب أبو حنيفة وهو أحد قولَيْ المؤيد بالله إلى أنه يصح التطليق مطلقاً

3 – وذهب مالك وآخرون إلى التفصيل فقالوا : إن خَص بأن يقول كلّ امرأةٍ أتزوجُها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق أو قال : في وقت كذا وقع الطلاق
وإن عمم وقال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق لم يقع شيء(1).

واختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في اشتراط الإشهاد على الطلاق فذهب الجمهور الفقهـاء إلى أن الطلاق يقع من غير حاجة إلى إشهاد إذ لم يؤثر عن النبي ﷺ أو عن الصـحابة رضـوان الله عليهم اشتراط الشهود لوقوع الطلاق.

وذهب الشيعة إلى أن الطلاق لا يقع من غير إشهاد(2).

وقد سبق أن رأينا المشرع المالي يقضي بأن الزوج لا حق له في الطلاق وإنما حق الطلاق للقاضي وهذا ما تؤكده المادة (58) من قانون الزواج والوصاية حيث تنص على ما يلي: ((ممنوع علي الرجل أن يطلق امرأته))[3] وبذا نجد المشرع المالي قد أخذ بالقاعدة العامة المعروفة في القانون المدني حيث نص على أسباب معينة للتطليق وعلي الزوج أو الزوجة الراغبة في الطلاق أن يقدم بطلب أمام القضاء شارحا الأسباب التي دعته المثل هذا الطلب فينظر القاضي في الدعوى فإن رأي ذلك حقا حكم بالتفريق وهذا ما نص عليه في المادة61 في قانون الزواج والوصاية ((على الزوج الراغب في الطلاق أن

---

[1] أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص194، وسبل السلام : الأمير محمد الصنعاني، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي ج1 ص160، ط4(1379هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت

[2] أنظر أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون الإمام أحمد إبراهيم بك ص 341

[3] ـ أنظر المرسوم رقم 17 المتعلق بنشر القانون رقم 62ـ17 الذي أقرته الجمعية الوطنية بتاريخ 3 فيراير 1962 بشأن الزواج والوصايا ص 26.

يقدم المستدعي الاستدعاء بطلب الطلاق بخط يده أو شفويا إلي رئيس المنظمة الإدارية التي يقع فيها محل إقامته القانوني وبعد أن يستمع رئيس المنطقة إلى المستدعي ويلقي عليه ما يعتقده مناسبا من الملاحظات، ويدعو الطرفين إلى المثول أمامه في اليوم والساعة اللذين يعينهما ومن واجبه أن يسمع أقوال الطرفين وأن يحاول التوفيق بينهما، وبعد ذلك تحال القضية إلى رئيس المحكمة أو إلى قاضي الصلح صاحب الصلاحية)) [1].

ومعني هذا أنه اكتفى بتطليق القاضي في إيقاع الطلاق وذلك بعد تقديم الاستدعاء من أحـد الزوجين بطلب التطليق ((لأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم القاضي ومعنى هذا أن الزوج إذا طلق امرأته، فلا يعتد به حتى يحكم القاضي به، فإذا حكم به فذاك، وإلا ما عدّ ذلك طلاقا في نظر القانون.

إذا طلق الرجل امرأته رفع أمره إلى القاضي، يحاول القاضي الصلح فإذا توصل إلى الصلح بين الزوجين فلا يحكم بالطلاق ولا يثبت ذلك الطلاق في نظر القانون.

ولا يثبت الطلاق إلا في حالة عدم التوصل إلى الصلح بين الزوجين، فيحكم القاضي بالطلاق ولا يحكم القاضي بالطلاق إلا بعد محاولة الصلح وأن لا تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر.

وهذا مخالف للكتاب والسنة وإجماع المسلمين فقد رأينا إجماع الفقهاء على أن الزوج العاقل البالغ غير المكره، إذا طلق امرأته طلاقا للسنة ، فإن الطلاق يقع من حينه، ولا يحتاج إلى قضاء قاضي ولا غيره لأن الطلاق بيده)) [2].

وسنحاول توضيح هذه الإشكالية في النقاط التالية:

1 ـ رأينا أن المشرع المالي يقضي بأن الطلاق لا يقع بإرادة أحد الزوجين بمفرده أخـذا بالقاعـدة العامة المعروفة في القانون المدني وإنما يقع بطلب من أحد هما بأسباب محدودة ذكرهم المشرع وهـو بأخذه بالقاعدة فقد خالف الفقه الإسلامي في ما يلي:

أ ـ الشريعة الإسلامية قد جعلت الطلاق بيد الزوج حقا له متى أوقعه على زوجته وهو أهل لـذلك وقع الطلاق من حينه ولا يحتاج إلى حكم القاضي لأن الطلاق بيده.

ب ـ أن تصرف الزوج العاقل البالغ في الطلاق يترتب عليه آثاره ولا يحتاج إلي التمثيل أمام القاضي كأن يتفق مع الزوجة علي إنهاء الحياة الزوجية أو يشترط عليه الزوجة أن تكون الطلاق بيدها عنـد عقد الزواج ويرضى بذلك أو يفوض الطلاق إلى الزوجة أو تعرض عليه الزوجة بذل لعوض الطلاق ويقبل ذلك.

---

[1] ـ أنظر المرسوم رقم 17 المتعلق بنشر القانون رقم 62ـ17 بشأن الزواج والوصايا ص 72

[2] انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / ادكتور المصري مبروك

ج ـ وقد رأينا أصناف الأزواج في الفقه الإسلامي من بين زوج بالغ عاقل مكلف قادر علـى إدارة شؤونه ويقع منه الطلاق لإدراكه ما يترتب من الطلاق من آثار معنوية ومادية وزوج لا يقدر علـي إدارة شؤونه ولا يدرك وجه المصلحة من الطلاق ولا يقع منه الطلاق وأما المشرع المالي فإنه حكـم علي الأزواج كلهم بأن تصر فاتم لا تنفذ لأنم ناقضوا الأهلية ولا يثبت طلاقهم إلا بحكم القاضي

أما تقييد إثبات الطلاق بحكم القاضي فنكتفي بما قاله الدكتور محمد بلتاجي: «فمن الثابـت المقطوع به نصا وإجماعا أن الزوج إذا طلق زوجته بإرادته الصحيحة وهي محـل صـحيح لإيقـاع الطلاق، وقع طلاقها علـى الفور، فلم تعد زوجة مطلقة، دون توقف هذا الحكم على شيء آخـر، بإطلاق، لا حكم قاô ولا انتظار زمان ولا غير ذلك.

هذا ما تآزر عليه نصوص القرآن والسنة وما عليه إجماع المسلمين منذ عصر الرسـالة حـتى وقتنا هذا، ولا يحل لمسلم خلافه على أي نحو، مهما ظهرت لعقله في هذا الخلاف مصا؟ ، لأن لهـذه المصا؟ أوجها أخرى من الشر والضرر تزيد عليها، ولأن الله تعالى لم يرد لنـا بشـريعته إلا اليسـر والطهر الحقيقي، وإتمام النعمة، فقد شرع لنا ما يؤدي تطبيقه الصحيح إلى ذلك، ولم يرô لنـا مـا ٤الفه وإن ظهرت للناس فيه مصا؟ ومنافع ، ففيه الشر الكامن والنحس المستطير وفي نطاق الشريعة الإسلامية ليس لأحد ما أي تعلق يصح على أي نحو ولو مجرد شبهة في تعليق إيقاع الطـلاق علـى شيء غير إرادة الزوج الصحيحة بالنسبة لزوجة هي محل صحيح لإيقاع الطلاق، وهذا من المسلمات البديهية التي لا تعرف ٌالفا لها ولو قولا ضعيفا جدا لفقيه »[1].

د ـ وكما نجد المشرع المالي لا يجوز الطلاق إلا عند تعذر الإصلاǳ بين الزوجين دفعـا للخصـام الدائم بين الزوجين وتبطأ في إيقاع الطلاق حرصا على بقاءه وحفاظا على الذريـة مـن الضـياع والتشرد، وهذا لم ٤رج عن نطاق الشريعة الإسلامية لأن الطلاق أبغض الحلال إلى الله ، وإنما شرع لدفع الضرر "والضرورة تقدر بقدرها" وأما إذا كان الطلاق غايته استبدال امرأة بـامرأة وتـذوق بأنواع النساء فإن الإسلام لم يبح ذلك بل يكون صاحبه ملعون على لسان رسول الله ﷺ والعياذ بالله لقوله ﷺ((لعن الله كل ذواق مطلاق)) وكذلك إذا أطاعت المرأة زوجها في المعروف فطلاقها بغـير نشوز ولا ضرورة يدعو إلى طلاقها فهو ظلم وبغي عليها وقد حرم الله ذلك في كتابه بعـد أن بـين علاج المرأة الناشز بتدرج حيث يقول الله تعالى:﴿ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلاً ﴾.

[1]- أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص 179 وعنه أنظر دراسات في الأحوال الشخصية، د. محمد بلتاجي، ط(1400-1980) مكتبة الشباب ص 334،335 .

وقد رأينا اختلاف الفقهاء هل الأصل في الطلاق الإباحة أو الحظر، وجملة القول في ذلك أن الطلاق مباحا ومحظور باعتبارين فهو ذاته مباحا من حيث أنه إزالة الضرر ومحظور لما فيه من زوال نعمة الزواج التي تبني عليها المصالح الدنيوية في التناسل الذي يبقي به النوع الإنساني وتنظيم المخالطة الجنسية وصيانة كل من الذكور والإناث من الوقوع في المضار التي لا تحصي اثبت ذلك الاستقراءات الطبية والاجتماعية ولا شك أن جانب الحظر أقوى وأرجح فهو لا يباحا إلا للحاجة إلى الخلاص من الزوجية إذا كان في بقائها ضرر بأحد الزوجين أو كليهما فإذا لم يكن ثمة حاجة تدعو إلى الخلاص كان عبثا حمقا وسفاهة وكفران نعمة وإيذاء بالزوجة وبأهلها وأولادها وقد يكون الضرر الأدبي أبلغ في إيذاء المرأة وقومها وأولادها من الضرر المادي(1).

ونقترحا على المشرع المالي باعتبار الطلاق من الزوج أو من وكيله بوكالة خاصة عند تعذر حضوره شخصيا أو من الزوجة إن ملكها الزوج أمر نفسها وأن يشترط في المطلق العقل والاختيار وعدم وقوع الطلاق من المجنون والمعتوه والمكروه ومن كان فاقد التمييز بغضب أو غيره والسكران إلا إذا كان قد سكر بمحرم وبإرادته.

المبحث الثاني: أنواع الطلاق

ينقسم الطلاق من حيث والألفاظ التي تدل عليه بأصل وضعها أو باشتهار الاستعمال فيها حتى صار معناه يتبادر إليها من غير حاجة إلى قرائن إلى صريح وكناية وينقسم كل من الصريح والكناية إلى رجعي وبائن وينقسم البائن إلى قسمين بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى وكما ينقسم من حيث الوصف الشرعي له إلى سني وبدعي ومن حيث التنجيز والتعليق والإضافة إلي منجز ومعلق على شرط ومضاف إلي مستقبل[2].

المطلب الأول: ألفاظ الطلاق

أ- الطلاق الصريح

فصريح الطلاق هو كل لفظ لا يستعمل في العرف إلا في حل عقد الزواج، عربيا كان أو غير عربي من حيث يفهم منه عند إطلاقه معنى الطلاق بحيث لا يحتاج إلى قرينة لأن لفظه لا يحتمل غير الطلاق لا في اللغة إذا كان في العربية ولا في عرف الناس سواء كان عربي أو غير عربي[3].

---

[1] أنظر أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون الإمام أحمد إبراهيم بك ص 274، المكتبة الأزهرية لتراث

[2] ـ أنظر الأحوال الشخصية محمد أبو زهرة ص 294 والفقه الإسلامي وأدلته وهبة الزحيلي ج7 ص 442وأحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية رمضان السيد الشر نباصي

[3] ـ أنظر الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلي مقابلها في الشرائع الأخرى محمد محي الدين عبد الحميد ص 267 المكتبة العلمية بيروت لبنان والفرقة بين الزوجين علي حسب الله ص 44

وقد اتفق الفقهاء على أن ما اشتق من مادة (ط.ل.ق) كطلقتك، وأنت طالق وغيرها، صريح في الطلاق، وقد اقتصر الحنفية والمالكية في صريح الطلاق على هذا.

وذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ (الطلاق، والسراح، والفراق).

واختلف الفقهاء هل الطلاق يقع بمجرد التلفظ بصريح الطلاق، ولا يحتاج إلى نية، وذهب الجمهور إلي أنه يقع الطلاق به سواء نوى أو لم ينوى وذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط النية حتى في حالة التلفظ باللفظ الصريح من الطلاق، ومنهم الإمام أحمد في رواية ابن منصور عنه، وهو قول جابر بن زيد والشعبي والحكم وغيرهم[1].

ويمكن القول بأن اشتراط النية لازم حتى مع التلفظ بصريح الطلاق، ما لم تدل القرائن على خلاف ادعاء الزوج أنه لم يقصد بما تلفظ به الطلاق، فإن قامت قرينة تؤيد ما نوى صدق ديانة وقضاء، وإن لم تقم قرينة عليه صدق ديانة فقط ونرى أنه يصدق قضاء بيمينه ، وإن ادعى نية شيء لا يحتمله اللفظ لم يصدق لا ديانة ولا قضاء ».

ويقول الإمام الشوكاني: « أقول هذا من غرائب الاجتهاد وعجائب الرأي، وكيف يؤاخذ من قصد التكلم باللفظ غير مريد لمعناه بما هو مدلول ذلك اللفظ مع أنه غير مقصود، ولا مراد، وأي تكليف ورد بذا ؟ وأي شرع أو لغة، أو عرف دل عليه؟ فإن الألفاظ إنما هي قوالب المعاني ولا ترد لذاتا أصلا، لا عند أهل اللغة، ولا عند أهل الشرع، فالمتكلم بلفظ الطلاق الصريح في معناه إذا لم يرد المعنى الذي وضع له ذلك اللفظ وهو فراق زوجته ، فهو كالهاذي الذي يأتي في هذيانه بألفاظ لا يريد معانيها ولا يقصد مدلولاتا.

فالحاصل أنه من لم يقصد معنى اللفظ لم يؤاخذ به وإن تكلم به ألف مرة ... نعم إذا جاء في لفظه بما هو طلاق صريح وقال إنه لم يقصد معناه، ولا أراد مدلوله كان مدعيا لخلاف الظاهر، لأنه ادعى مالا يفعله العقلاء في غالب الأحوال.

ولكن لما كان القصد لا يعرف إلا من جهته كان القول قوله مع يمينه إن خاصمته في ذلك امرأته ، أو احتسب عليه محتسب »[2].

---

[1] ـ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص 101 والفقه على المذهب الأربعة ج 4 ص 158 و **كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه**: شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن محمد قاسم الحنبلي، ج20 ،ص535، مكتبة ابن تيمية.

[2] ـ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص102 السيل الجرار: محمد بن علي بن محمد الشوكاني ج2 ص343.

ب - الطلاق بالكناية.

الكناية: كلام استتر المراد منه بالاستعمال وإن كان معناه ظاهرا في اللغة سواء كان المراد به الحقيقـة أو المجاز فيكون تردد فيما أريد به فلابد من النية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال كحال مـذاكرة الطلاق ليزول التردد ويتعين ما أريد منه[1].

الكناية: هي كل لفظ احتمل معنى الطلاق وغيره ولم يقصره العرف على الطلاق كقـول الـزوج لزوجته ((اذهبي أو الحقي بأهلك أو انصرفي))[2].

واختلف الفقهاء في إيقاع الطلاق بالكناية على الأقوال التالية:

1 ـ الطلاق بألفاظ الكناية لا يقع بها شيء إلا إذا دلت حال الزوج علي أنه يريد بها الطلاق أو كانت العبرة بالنية وهذا ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة (3).

2- وذهب المالكية، والشافعية، إلى عدم وقوعه إلا بالنية

أ ـ لا يقع الطلاق بالكناية إلا بالنية فلا عبرة عندهم بدلالة الحال

ب ـ إذا ادعت الزوجة أمام القضاء أن زوجها طلقها بلفظ من الكناية ونوى به الطلاق و أنكر الزوج أنه نوى الطلاق فإن حلف أنه لم ينو رفضت دعواها وإن نكل عن اليمين حكم له بطلاقها منه لأن النكول عن اليمين إقرار بدعوى الخصم (4).

- وذهبت الظاهرية، والشيعة الجعفرية: إلى أن الطلاق لا يقع بالكناية مطلقا سواء نوى الطلاق أو لم ينو، دلت القرائن عليه أم لم تدل، فلا يقع الطلاق عندهم إلا بالصريح فقط(5) .

ج - الطلاق بالإشارة

إذا طلق الزوج زوجته بالإشارة لا يقع بها الطلاق إذا كان قادرا على النطق لأن الإشارة لا تقوم مقام اللفظ والعبارة إلا في حالة العجز عن النطق باللفظ والعبارة وأما من الأخرس فإنه يقع بها الطلاق فإن كانت واضحة يفهمها الكل كانت كاللفظ الصريح وإن كان يفهمها البعض دون البعض كانت كالكناية بالنسبة إليه بحيث يبين أنه نوى الطلاق.

وخالف المالكية في ذلك وقالوا أن الطلاق يقع بالإشارة المفهمة ولو من غير الأخرس (6).

---

1 ـ أنظر التعريفات: ج1 ص240 .

2 ـ أنظر الفرقة بين الزوجين: علي حسب الله ص 46 .

3 - انظر الطلاق أحمد محمود الشافعي ص25 والفرقة بين الزوجين علي حسب الله ص46.

4 - انظر الفرقة بين الزوجين ص 46 والطلاق للشافعي ص25.

5 - انظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص104 وعنه أنظر المحلى لابن حزم 494/11 وما بعدها ، وفقه الإمام جعفر الصادق عرض واستدلال – محمد جواد مغنية – دار الجواد – لبنان – ط/2 (1404– 1984) ص 11/6 – وانظر الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية – العلامة الشيخ عبد الكريم الحلي – دار الرقي للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت – ط/ سنة 1985 – ص 80 .

6 انظر الفقه على المذاهب الأربعة: ج4 ص144 والطلاق أحمد محمود الشافعي ص26.

د ـ الطلاق الثلاث بلفظ واحد

وقد رأينا أن للزوج علي زوجته ثلاث طلقات وهل للزوج استعجال ما يملكه من عدد الطلقات دفعة واحدة أم لابد أن يكون الطلقات الثلاث على دفعات مرة بعد مرة

اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال:

1 ـ أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع فإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ثلاثا أو بالثلاث أو كرر لفظ الطلاق ثلاث مرات وقع الطلاق ثلاثا وهو قول الأئمة الأربعة واستدلوا بما نسب لعلي بن أبي طالب وعثمان بن عفان وعمر بن الخطاب وابن مسعود وابن عباس وغيرهم من كبار الصحابة رضي الله عنهم أنهم كانوا يفتون بأن من طلاق امرأته ثلاثا وقع ثلاثا وما كان لهؤلاء الصحابة الأجلاء أن يفتوا بذلك إلا إذا كانوا قد علموه من رسول الله صلى الله عليه وسلم وإذا كانت قد وردت أحاديث تخالف ذلك فلابد أنها نسخت في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

ثم اختلفوا هل هو مباح أم محرم

أ ـ مباح لازم وهو قول الإمام الشافعي ورواية عن الإمام أحمد ورأي ابن حزم الظاهري.

ب ـ طلاق محرم لازم وهو قول الإمام مالك وأبي حنيفة ورواية عن أحمد[1].

2 ـ أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع به شيء

واستدلوا بما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد))[2]. وقالوا أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يخالف لسنة يجب رده ور يترتب عليه أي أثر وهو مذهب الشيعة الزيدية.

3 ـ أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة رجعية في حالتي ((الجمع والتكرار))وهو مذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في قوله تعالي: ((الطلاق مرتان)) والله تعالي لم يقل الطلاق طلقتان بل قال ((مرتان)) فإذا قال لامرأته أنت طالق اثنتين أو ثلاث أو عشر أو ألفا لم يكن قد طلقها إلا مرة واحدة لا نعرف أن أحدا طلق على عهد النبي صلى الله عليه وسلم امرأته ثلاثا بكلمة واحدة فألزمه النبي صلى الله عليه وسلم بالثلاث ولا روي في ذلك حديث صحيح ولا حسن ولا نقل أهل الكتب المعتد عليها في ذلك شيئا بل رويت في ذلك أحاديث كلها ضعيفة باتفاق علماء الحديث[3].

---

[1] ـ أنظر مجموع الفتاوى: ابن تيمية ج33 ص12 والطلاق أحمد محمود الشافعي ص34.

[2] ـ أنظر صحيح مسلم ج 3 ص1343 والطلاق أحمد محمود الشافعي 34

[3] ـ أنظر مجموع الفتاوى: ابن تيمية ج33 ص12 والطلاق أحمد محمود الشافعي ص34.

أ- باعتبار الوصف الشرعي.

الأول: الطلاق السني، وهو أن يطلق الرجل امرأته الحائض المدخول بها في طهر لم يمسها فيه، طلقة واحدة، ثم يدعها حتى تنقضي عدتها.

﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمۡۖ لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ لَا تَدۡرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا ﴾[1].

وللحديث الثابت أيضا عن عَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ ﷺ أَنهُ طَلقَ امْرَأَتَهُ وَهْىَ حَائِضٌ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطابِ رَسُولَ اللهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: « مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُم لِيُمْسِكْهَا حَتى تَطْهُرَ ثُم تَحِيضَ ثُم تَطْهُرَ ثُم إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلقَ قَبْلَ أَنْ يَمَس فَتِلْكَ الْعِدةُ التِي أَمَرَ اللهُ أَنْ تُطَلقَ لَهَا النسَاءُ »[2].

الثاني: الطلاق البدعي، وهو أن يطلق الرجل امرأته المدخول بها في الحيض أو في النفاس أو في طهر مَسها فيه أو أن يطلقها ثلاثا في مجلس واحد.

وقد اختلف العلماء في الطلاق البدعي هل يقع أم لا ؟

المذهب الأول: مذهب جمهور الفقهاء منهم الأئمة الأربعة، يذهبون إلى وقوع طلاق البدعة مع الإثم وهو مروي عن كثير من الصحابة وجمهور التابعين رضي الله عنهم وأرضاهم جميعا.

أدلة الجمهور الفقهاء

استدل جمهور الفقهاء لوقوع طلاق البدعة بالتالي:

1- حديث ابن عمر المشهور:

روى مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطابِ رَسُولَ اللهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: « مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُم لِيُمْسِكْهَا حَتى تَطْهُرَ ثُم تَحِيضَ ثُم تَطْهُرَ ثُم إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلقَ قَبْلَ أَنْ يَمَس فَتِلْكَ الْعِدةُ التِي أَمَرَ اللهُ أَنْ تُطَلقَ لَهَا النسَاءُ »[3].

---

1 ـ **سورة الطلاق**، الآية: 1.

2 ـ محمد أبو عبد الله البخاري: **صحح البخاري**، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، ج5، ص2011، حد[4953]، ط3(1407هـ ـ 1987م) متفق عليه، واللفظ للبخاري.

3 ـ أنظر محمد أبو عبد الله البخاري: **صحح البخاري**، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، ج5، ص2011، حد[4953]، ط3(1407هـ ـ 1987م) متفق عليه.

الرأي الثاني: يذهب إلى عدم وقوع الطلاق البدعي وهو مذهب جمهور الشيعة الإمامية ، والجعفرية وبعض أهل الظاهر واختاره بن تيمية وتلميذه ابن القيم[1].

أدلة القائلين بعدم وقوع الطلاق البدعي

1- استدلوا بقوله ﷺ: « مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ »[(2)].

فكل طلاق يخالف المشروع يكون مردودا ، فإذا كان طلاق الوكيل لا يقع إذا خالف إذن موكله، فطلاق المخالف لأمر الشارع أولى بعدم الوقوع، وإلا كان اعتبار إذن المخلوق، أعظم من اعتبار إذن الخالق.

2- واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾.

فإنه سبحانه وتعالى أمر الطلاق للعدة، فيكون نهيا عن الطلاق لغير العدة أي عن الطلاق في الحيض، وهى نهي عن شيء لوصف لازم له، إذا لا يمكن إيقاع الطلاق لو قلنا بوقوعه إلا مقترنا بالحيض، أي منفصلا عن العدة، والنهي عن الشيء لذاته أو لجزئه أو لوصف لازم له بحيث لا يمكن رفعه وإلغاء أثره يقتضي بطلان المنهي عنه فيكون الطلاق لغير العدة – أي في الحيض باطلا لا حكم له، ومثله الطلاق في الطهر بعد المس أو في طهر عقب حيض حمل فيه طلاق[(3)].

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله فلو كان الطلاق المحرم قد لزم لكان حصل الفساد الذي كرهه الله ورسوله وذلك الفساد لا يرتفع برجعة يباح له الطلاق بعدها والأمر برجعة لا فائدة فيها مما ينزه عنه الله ورسوله فإنه إن كان راغبا في المرأة فله أن يرتجعها وإن كان راغبا عنها فليس له أن يرتجعها فليس في أمره برجعتها مع لزوم الطلاق له مصلحة شرعية بل زيادة مفسدة : ويجب تنزيه الرسول صلى الله عليه وسلم عن الأمر بما يستلزم زيادة الفساد والله ورسوله إنما نهى عن الطلاق البدعي لمنع الفساد فكيف يأمر بما يستلزم زيادة الفساد[(4)].

لا شك أن الفريقين اعتمدوا في استدلالاتهم على أدلة صحيحة كما رأينا، إلا أن أدلة الفريق القائل بعدم وقوع طلاق البدعة هو أقوى وأما الفريق القائل بوقع الطلاق استدلالهم بحديث ابن عمر فهو إلى أن يكون حجة عليهم أقرب منه إلى أن يكون حجة لهم[(5)].

---

[1] - انظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص111

[2] صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري ج3 ص،1343 دار إحياء التراث العربي بيروت ت محمد فؤاد عبد الباقي

[3] - ـ انظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص114 والفرقة بين الزوجين ص 36 .

[4] . الفتاوى الكبرى: أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس ج3 ص276 دار المعرفة – بيروت ط، 1386 ت حسنين محمد مخلوف

[5] زاد المعاد:محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ج5 ص198

ب - باعتبار إمكان الرجعة وعدمها

1 - الطلاق الرجعي

الطلاق الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه أن يكون في مدخول بها وإنما اتفقوا على هـذا لقولـه تعـالى:﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصۡلَٰحٗا ﴾[1].

ولا تحتاج الرجعة إلى تحديد العقد ولا إلى مهر جديد لأنها استدامة الملك وليست إنشاء ملك جديد غير أنه يستحب أن يشهد عليها شاهدين عدلين ولو بعد حصولها فعلا للاحتياط كيلا يجـري التناكر فيها وأن تعلم المرأة بها إذا كانت الرجعة بالقول لأنه ربما تنقضي عدتها وهى لا تعلم بالرجعة فيؤدى هذا إلى النزاع[2].

وقد أجمع العلماء على أن الزوج يملك رجعة زوجته في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة من غير اعتبار رضاها ورضا وليها إذا كان الطلاق بعد المسيس وكان الحكم بصحة الرجعة مجمعاً عليه لا إذا كان مختلفاً فيه[3].

2 ـ الطلاق البائن

الرابع: الطلاق البائن، هو الذي لا يملك فيه الزوج مراجعة امرأته من قبل الدخول ومن قبـل عدد التطليقات ومن قبل العوض في الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتي بعد واتفقوا على أن العدد الذي يوجب البينونة في طلاق الحر ثلاث تطليقات إذا وقعت مفترقـات لقوله تعالى { الطلاق مرتان } الآية[4].

وقد اختلف الفقهاء في الطلاق البائن ومتى يكون وذهب الجمهور إلي أن الطلاق البـائن يكـون في ثلاث حالات

1 ـ الطلاق قبل الدخول

2 ـ الطلاق على مال أي الخلع

3 ـ أن تكون الطلقة مكملة للطلقات الثلاث

وفي الحالة الأولي والثانية يكون الطلاق بائن بينونة الصغرى في الحالة الثالثة يكون الطلاق بائن بينونة الكبرى والفرق بينهما أن الطلاق البائن بينونة الكبرى يزيل الملك والحل معا بحيث لا يجـوز لـه أن

---

1 ـ **سورة البقرة**، الآية: 228.

2 أنظر أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون الإمام أحمد إبراهيم بك ص 295

3 سبل السلام: الأمير محمد الصنعاني، تحقيق: محمد عبد العزيز الخول ج1ص162 .

4 ـ أنظر سورة البقرة 229.

يعيدها إلى عصمته إلى أن تنقضي عدتها منه ثم تتزوج زوجا غيره زواج رغبة مقصـود لا للتحليـل الموجب للعنة ويفارقها وتنقضي عدتها منه وأما البائن بينونة الصغرى فإنه يزيل الملك دون الحل حيث يجوز له أن يعيدها إلى عصمته بمهر وعقد جديدين وبرضاها[1].

المطلب الثاني: باعتبار الصيغة في الطلاق

ينقسم الطلاق باعتبار الصيغة إلى:

طلاق منجز.

طلاق معلق.

طلاق مضاف.

1 - الطلاق المنجز:

هو ما خلت صيغته من الإضافة والتعليق وتفيد وقوع الطلاق في الحال ويسمى مرسلا وطلاقا ومطلقا وهذا هو الأصل في الطلاق[2].

حكمه: يقع في الحال متى تلفظ به قاصدا له، إذا كان صادرا من أهله (بأن يكون زوجا بالغا مدركا غير مكره) وفي محله: (بأن تكون زوجة)

وهكذا ينبغي أن يكون الطلاق، كما أمر الله سبحانه وتعالى وكما أمر رسول الله ﷺ، ومـا عداه من الصيغ فهي مرغوب عنها لمخالفتها المشروع(3).

2 - الطلاق المعلق:

وهو ما أضيف حصوله إلى زمـن مستقبل كانت طالق غدا أو في أول الشهر، أو إلى زمـن ما ضى كانت طالق في الشهر الماضي، بحيث يربط إيقاع الطلاق بهذا الزمن المعين(4).

حكمه: وقوع الطلاق عند وجود الوقت المضاف إليه الطلاق إذا أضيف إلى المستقبل متى كان الزوج أهلا لإيقاع الطلاق وقت صدوره و المرأة محلا لوقوعه عند وجود الوقت المضاف إليه بـأن تكـون زوجة حقيقة أو حكما وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة.

---

[1] ـ أنظر الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: محمد محي الدين عبد الحميد ص 287-288 وشرح قانون الأحوال الشخصية السوري عبد الرحمان الصابوني ص14.

[2] ـ أنظر الطلاق أحمد محمود الشافعي ص48 والأحوال الشخصية محمد أبو زهرة ص296 والفقه الإسلام وأدلته وهبة الز حيلي ج7 ص442.

[3] - انظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص147 وعنه أنظر مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 44/33 ، والزواج والطلاق في الإسلام بدران أبو العينين بدران – ص329 ، والفرقة بين الزوجين ص 48 ، والأحوال الشخصية لأبي زهرة ص 227 ، ودراسات في أحكام الأسرة ، ص 576 .

[4] ـ أنظر الفقه الإسلام وأدلته وهبة الز حيلى ج 7 ص442

وذهب المالكة إلى أنه إذا أضيف الطلاق إلى أمر محقق الوقوع في المستقبل ويقع في الحال لأن بقـاء الزواج مع الإضافة إلى المستقبل يشبه نكاح المتعة المحدد له زمن معين وهو باطل[1].

وذهب الشيعة الجعفرية وابن حزم ، بأنه لا يقع به شيئا، لا عند إنشائه ولا عند حلول الزمن.

يقول ابن حزم: « من قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، أو ذكر وقتا فلا تكون طالقـا بذلك لا الآن ولا إذا جاء رأس الشهر »[2].

2 - الطلاق المضاف إلى زمن ماض:

((ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يقع في الحال، إذا كانت المرأة محلا للطلاق عند إنشائه.

وذهب ابن حزم وفي رواية عند الحنابلة وقول عند الشافعي والشيعة الجعفرية إلى أنه لا يقع به طلاق أصلا لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه، فلو لم تكن الزوجية قائمة في الوقت الذي أضيف إليه الطلاق،لم تكن المرأة محلا للطلاق، وإن كانت قائمة فيه، فكيف يمكن رفع الحل بعد أن ترتبت عليه آثاره، وإنه بحق كما يقول علي حسب الله إهدارا لأقوال المتلاعبين بالألفـاظ في هـذا الأمـر الخطير))[3].

ويقول ابن حزم: «.. وأيضا فإن كل طلاق لا يقع حين إيقاعه فمن المحال أن يقع بعد ذلك في حين لم يوقعه فيه »[4].

3 - الطلاق المعلق:

وهو ينقسم إلى قسمين:

تعليق لفظي، وتعليق معنوي.

التعليق اللفظي: هو ما رتب وقوعه علي حصول أمر ما في المسـتقبل بـأداة مـن أدوات الشرط ، مثل إن وإذا ونحوهما، وذلك كأن يقول الرجل لامرأته إن خرجت من المنزل بغير إذني فأنت طالق، أو إن كلمت فلانا فأنت طالق أو إن سافرت إلي بلدك فأنت طالق[5].

---

[1] ـ أنظر الفقه على المذاهب الأربعة: ج4 ص173 والطلاق أحمد محمود الشافعي ص49 والفرقة بين الزوجين علي حسب الله ص49 وقت

[2] - أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص149 وعنه أنظر المحلى 544/1 وانظر الأحكام الجعفرية –86/87 فقه الإمام جعفر 11/6 .

[3] - انظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص150 وعنه أنظر روضة الطالبين – للنووي – 114/8 ، وشرح منتهى الإرادات 145/3 وحاشية الروض المربع 533/6 ، والمحلى لابن حزم 545/11، وفقه الإمام جعفر 11/6 ، والفرقة بين الزوجين

[4] ـ أنظر نفس المرجع ص150

[5] ـ أنظر الطلاق أحمد محمود الشافعي ص49

والحلف المعنوي: (ويسمى الحلاف بالطلاق أو اليمين بالطلاق) وهو ما قصد بـه الحـث وتقوية العزم على فعل شيء في المستقبل أو تركه، أو قصد به تصديق الحالف في إخباره عن شـيء فعله، أو لم يفعله، كقول الرجل علي الطلاق لأسافر غدا أو الطلاق يلزمني لأصومن غدا))(1).

ويشترط لصحة تعليق الطلاق ما يلي:

أن يكون الشرط الذي علق الطلاق عليه غير موجود ويحتمل وجوده في المستقبل وإن كان موجـود في وقت التلفظ بالعبارة كان منجزا وأن تكون المرأة محلا لوقوع الطلاق عليها وأن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق[2].

وأما إذا علق على أمر مستحيل الوقوع كأن يقول لزوجته أنت طالق إن دخل الجمل في سم الخياط، فلا يقع به الطلاق، وكذلك إذا علق على مشيئة الله تعالى،كانت طالق إن شاء الله، فلا يقـع بـه الطلاق لتعذر الوقوف عليها(3).

2 - الحلف بالطلاق:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الحالف بالطلاق إذا حنث في يمينه يقع طلاقه.

وذهب بعض فقهاء الشافعية والحنفية والظاهرية وغيرهم إلى أن الحالف إذا حنث لا يقـع الطـلاق، ومنهم من أوجب عليه الكفارة، ومنهم من قال لا شي عليه وهذا ما أفتى به الشيخ محمود شلتوت

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: « صيغة القسم هو أن يقول : الطلاق يلزمني لأفعلن كذا، أو لا أفعل كذا، فيحلف به على حض لنفسه أو لغيره، أو منع لنفسه أو لغيره، أو على تصديق خبر أو تكذيبـه فهذا يدخل في مسائل الطلاق والأيمان فإن هذا يمين باتفاق أهل اللغة، فإنا صيغة قسم، وهو يمـين أيضا في عرف الفقهاء لم يتنازعوا في أنا تسمى يمينا، ولكن تنازعوا في حكمها.

فمن الفقهاء من غلب عليها جانب الطلاق فأوقع به الطلاق إذا حنث، ومنهم من غلب عليه جانب اليمين فلم يوقع به الطلاق بل قال عليه كفارة يمين أو قال لا شيء عليه بحال »(4).

حكم الطلاق المعلق تعليقا حقيقيا (أي المعلق على الشرط):

هو تعليق الرجل طلاق امرأته على حصول أمر ما في المستقبل كقوله إن دخلت الدار فأنـت طالق .

---

[1]- أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص150 وعنه أنظر الزواج والطلاق في الإسلام ص 331 ، ومجموع فتاوى ابن تيمية 44/33 ، 45 وروضة الطالبين 167/8.

[2] ـ أنظر الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية محمد محي الدين عبد الحميد ص277-278 والطلاق أحمد محمود الشافعي ص49.

[3] - أنظر نفس المراجع.

[4] ـ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص151 و مجموع فتاوى: ابن تيمية ج20 ص12 .

اختلف العلماء في حكم اليمين بالطلاق أو الطلاق المعلق إلى ثلاث أقوال:

1 ـ ذهب أئمة المذاهب الأربعة إلى وقوع الطلاق العلق متى وجد المعلق عليه سواء كان من أفعال الزوجين أو غير هما أو كان من الأمر التي لا دخل للناس فيها الأمور السماوية وسواء كان التعلق قسميا وهو الحث على فعل شيء أو تركه أو تأكيد الخبر أم شرطيا ويقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط [1].

2 ـ ذهب الظاهرية والشيعة الإمامية إلى أن الطلاق المعلق لا يقع مطلقا سواء كان على وجه اليمين وهو ما قصد به الحث على فعل شيء أو تركه أو تأكيد الخبر أم لم يكن علي وجه اليمين وهو ما قصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه[2].

3 ـ ذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى التفصيل بين أن يكون التعليق قسميا وبين أن يكون شرطيا

أ - إن كان المعلق عليه على وجه اليمين لا يقع به طلاق ويكفر عن يمينه عند ابن تيمية ولا كفارة عليه عند ابن القيم.

ب - أما إن كان المعلق عليه شرطيا فيقع الطلاق عند حصول الشرط [3].

المطلب الثالث: مناقشة قانون المالي

وقد سبق أن رأينا أن المشرع المالي ولم يفصل القول في أنواع الطلاق كما هو الحال في الفقه الإسلامي حيث أنه لم ينص على تقسيمات الطلاق من حيث الصيغة المستعملة فيه من جهة الفظ إلى صريح وكناية من حيث الوصف الشرعي له إلى سني وبدعي ومن حيث إمكان الرجعة وعدمها إلى رجعي وبائن وكما أنه لم يفرق بين الطلاق البائن بينونة صغرى والبائن بينونة كبرى ولا بين اعتبار الصيغة من جهة التنجيز وهذا يبين لنا بما في هذه المواد القانونية من غموض وتعميم كما سبق أن رأينا تفصيل ذلك فى الفقه الإسلامي.

وعلى هذا نحاول توضيح ذلك في النقاط التالية:

1 ـ نجد المشرع المالي أوقف الطلاق علي حكم القاضي وكل طلاق قبل حكم القاضي رجعي وكل طلاق بعد حكم القاضي بائن بينونة صغرى وأما البينونة الكبرى فإنه لا وجود له عند المشرع المالي لأن الأصل الطلاق عنده حق للقاضي وحده وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك.

[1] - انظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص والفقه الإسلام وأدلته وهبة الزحيلى ج7 ص447 والطلاق أحمد محمود الشافعي ص51.

[2] - انظر والفقه الإسلام وأدلته وهبة الزحيلى ج7 ص447 والطلاق أحمد محمود الشافعي ص51.

[3] - انظر نفس المراجع السابق.

2 ـ والفصل الجسماني: هو منع الاستمتاع بين الزوجين مع بقاء عقد الزواج بينهما.

ويمكن أن يقع الفصل الجسماني بناء علي موافقة الزوجين أو بطلب من أحدهما .

نتائج الفصل الجسماني .

1- يؤدي إلى فصل الأموال يعفي الزوجين من الحياة المشتركة.

2- ويبطل الفصل الجسماني بحلول الصلح بين الزوجين.

3- إذا توفي الزوج أثناء النظر في دعوى الفصل الجسماني أو بعد صدور الحكم بالفصل فان الزوجة تعتد بعدة المتوفي عنها زوجها أي أربعة أشهر وعشرة أيام.

4- إذا استمر الفصل الجسماني مدة سنة يتحول قرار أو حكم الفصل قانونا إلي حكم الطلاق بناء على طلب أحد الزوجين[1].

وعلى هذا نقترح على المشرع المالي إعادة النظر فى الفصل الجسماني الذي يعتبره فرصة للزوجين لمراجعة أنفسهما قبل الحكم بالطلاق فى مدة لا يتجاوز سنة وهو بمثابة الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي إلا أنهما يختلفان من حيث الأثر الذي يترتب عليهما لأن الفصل الجسماني يستدعي زوال الحل وبقاء الملك وأما الطلاق الرجعي يدل على نقصان عدد التطليقات التى يملكها الزوج على الزوجته مع بقاء الحل والملك، ويبطل الفصل الجسماني بالمصالحة قبل الحكم بالطلاق كما يبطل الطلاق الرجعي بالوطء قبل إتمام العدة بنية الرجعة.

وقد رأينا أن المدة في الفصل الجسماني سنة تبقي المرأة في عصمة الرجل مع زوال الحل بينهما لا هي متزوجة ولا مطلقة وهذا ظلم للمرأة ولا يجوز إمساك المرأة بمدة سنة بعد تعذر الإصلاح بين الزوجين وقد رأينا تحري ذلك في الفقه الإسلامي حيث أنه حرم طلاق المرأة فى الحيض والطهر الذي جامعها فيها كما رأينا ذلك في الطلاق البدعي حرصا على عدم إطالة العدة على المرأة وحرم الإيلاء على أكثر من أربعة أشهر وأعطى المرأة الحق في طلب الطلاق إذا غاب عنها زوجها أكثر من ستة أشهر بدون عذر معتبر.

وكما نقترح أيضا إعادة النظر فى توقيف الطلاق البائن بينونة صغرى على حكم القاضي وأن يعتبر الطلاق إذا وقع من البالغ العاقل غير المكره كما هو الحال فى الفقه الإسلامي صونا لأنساب المسلمين وحفظا لدينهم وأن يعتبر الطلاق البائن بينونة كبرى والتطليقات التي يملكها الزوج على زوجته،لأن الزوج لا يملك عن الزوجة إلا ثلاث تطليقات ومتى طلقها فى الثالثة لا تحل له حتى تقعد

[1] ـ أنظر المرسوم رقم 17 المتعلق بنشر القانون رقم 62ـ17 بشأن الزواج والوصايا ص 37 .

ثلاثةَ قروءٍ ثمَّ يزوِّجها آخر بنكاحٍ رغبةٍ مقصودٌ لا للتحليل المُوجِبُ للّعنة، ويُفارقها وتعْتَدُّ مِن فِراقه ثلاثة قروءٍ أُخر.

ونذكر هنا إتماما للفائدة مناقشة د مصري مبروك للقانون الأسرة الجزائري في عـدم إثبـات الطلاق إلا بحكم القاضي وإن كان المشرع الجزائري يعترف بالطلاق في الأصل أي يتم الطلاق بإرادة الزوج وحده وكذلك بتراضي بين الزوجين وإنما يحكم القاضي بثبوته ولكن الطلاق يقع لم يوقـف وقوع الطلاق على حكم القاضي كما هو الحال في قانون الأسرة المالي.

((صرح القانون على أن للزوج أن يراجع مطلقته أثناء محاولة الصلح، سواء كـان الطـلاق رجعيا أم بائنا، وسواء انتهت العدة أم لم تنته، فما دامت مدة الصلح باقية والتي حددها بثلاثة أشهر فللزوج حق المراجعة، حتى التي طلقها قبل الدخول له مراجعتها، هذا ما يفهم من المـادة، فشـرط الرجعة هو بقاء مدة الصلح، فإذا حكم القاضي بالطلاق فليس للزوج حق المراجعة ولو كان الطلاق رجعيا ولم تنته العدة.

ليس للزوج أن يراجع مطلقته طلقا بائنا بينونة صغرى، ولو في العدة إلا بمهر وعقد جديدين وبرضاها.

ونستنتج منها: أن الزوج إذا طلق امرأته ثم راجعها أثناء مدة الصلح، فهذا الطلاق لا يثبـت في نظر القانون، فإذا طلقها ثانية وراجعها، ثم ثالثة وراجعها، ثم رابعة وراجعها، في كل مرة يراجعها أثناء مدة الصلح، فلا يثبت هذا الطلاق في نظر القانون لأن القاضي لم يحكم به، وهكذا لـو شـاء الزوج أن يطلق امرأته ألف مرة ويراجعها أثناء مدة الصلح، فذلك جائز في نظر القانون، والمخالفـة صريحة في هذا لأحكام الفقه الإسلامي، فالله تعالى يقول: ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ أي بعد الطلقة الثالثة، والقانون يقول: ما لم يحكم القاضي بالطلاق، فلا طلاق وله أن يعيش معها ولو طلقها آلاف المرات، ما لم يحكم القاضي بالحرمة.

فإن حكم القاضي بالطلاق فلا رجعة، ولو كان الطلاق رجعيا ولم تنقض العدة، والله يقول: ﴿ وبعولتهن أحق بردهن ﴾، والرسول ﷺ يقول: « إنمَا الطلاَقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسـاقِ ». والقـانون يقول: لا؛ إنما الطلاق بحكم القاضي.

وأجمعت الأمة الإسلامية على أنه ليس للزوج حق المراجعة في الطلاق البـائن. والقـانون يتحدى، ويقول بل يصح ذلك ما لم يحكم القاضي بالطلاق.

فهذه مخالفات صريحة، للقرآن الكريم وللسنة المطهرة، ولإجماع الأمة، وعلى هذا، فلا بد من إصلاح عاجل لهذه القضايا حتى تتوافق مع الإسلام ...

وهذا ناتج عن عدم اعتبار القانون لتقسيم الطلاق إلى رجعي وبائن .

وعن اعتباره بأن الطلاق لا يقع إلا أمام القاضي.

فإذا أصلح هذين، سيتحتم عليه إصلاǳ ما يتعلق بإثبات الطلاق، وأنواع العدد، وابتـداǃها، والرجعة وأحكامها.

وعليه فلا بد من إصلاحات عاجلة لهذه المواد خاصة، لما فيها من المخالفة الصريحة للشريعة الإسلامية والله من وراء القصد)) [1].

أسباب الطلاق

إن أسباب الطلاق ليس فيها نص صريح إنما هي اجتهادات الفقهاء. لذلك قرر الفقهاء أن بعض أسباب الطلاق تتوقف على القضاء با لوجود خفاء في سببها أو اشتراǖ شروǖ فيها لا بد من تحققها لمن توافرت فيه، وهناك أسباب أخرى لا تتوقف على القضاء با لتضمينها على أسس جلية يمكن التحقق من ثبوتا بسهولة ويسر

ǄȈȈǸƬdz ƙب الأسباب الŸ ǆƬŢ إƃ ǽǈǠ القاƨȆ والŸ ǈ ǆƬŢ.

1 – إذا كان سبب الفرقة ظاهر لا نزاع فيه ولا خلاف كطروء المحرمية أو كالطلاق الصريح فإن العقد ينحل من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى قضاء القاضي ولا غيره ويجب على الـزوجين أن يتفرقا من تلقاء أنفسهما ما لم يكن الطلاق رجعيا وللزوج نية المراجعة فان اسـتمرا علـى الحيـاة الزوجية مع وجود السبب الموجب للافتراق وجب على الحاكم أن يتدخل ولو لم يترافعا إليه ليفصل بينهما صيانة لحق الشرع.

2 – أما إن كان سبب الفرقة فيه خلاف ونزاع باعتباره يقوم على أمور تقديرية غالبـا مـا يكون محل خلاف فحينئذ تعهد إلى الحاكم ليفصل الأمر فيها وذالك كالفرقة بسبب اللعان أو بسبب الإعسار في النفقة[2].

ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فى الأسباب المعتبرة فى طلب التطليق بينما نجد المقنن فى قانون الأسرة لمالي قد حددها فيما يلي:

وفى المادة: 59 يحق لكل واحد من الزوجين أن يطلب الطلاق في الحالات التالية:

1 - زني الزوج.

2 - الشطط وسوء المعاملة والإهانات الخطيرة التي تجعل الحياة الزوجية مستحيلة

---

[1] أنظر **انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية** / ادكتور المصري مبروك

[2] ـ انظر أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / ادكتور المصري مبروك والإمام محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص227، ط3 (1317هـ 1957م)، دار الفكر العربي، بيروت.

3 الحكم على أحد الزوجين بعقوبة جسدية ومشينة.

4 - الإدمان على السكر.

5 - عجز أحد الزوجين عن القيام بالواجبات الزوجية.

وفى المادة: 60 يحق للمرأة أن تطلب الطلاق إذا رفض الزوج:

1 - إكفاء حاجاتنا الضرورية من الطعام وللباس والمسكن.

2 - دفع الصداق عند انقضاء المهلة المذكورة في وثيقة لزواج

ونريد توضيح ما يقابل هذه الأسباب من الشريعة الإسلامية حسب ورودها في قانون الأسرة المـالي وذلك فى فصلين الفصل الثاني: أسباب غير إرادية المفصل الثالث: أسباب إرادية

الفصل الثاني

أسباب غير إرادية

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: انحلال عقد الزواج بوفاة أحد الزوجين

المبحث الثاني: انحلال عقد الزواج بالعيب في أحـــــد الزوجيـــــــــن

المبحث الثالث: انحلال عقد الزواج لفقدان أحد الزوجين

المبحث الأول: انحلال عقد الزواج بوفاة أحد الزوجين

وفي هذا المطلب نحاول بيان الأسباب التي يقع بهم الطلاق خارج عن نطاق الزوجين وذلك في ثلاثة فروع الفرع الأول: انحلال الرابطة الزوجية بسبب الوفاة؛ الفرع الثاني: انحلال رابطة الزوجية بسبب العيوب؛ الفرع الثالث: انحلال رابطة الزوجية بسبب الغيبة.

المطلب الأول: انحلال الرابطة الزوجية بسبب الوفاة

عرض ما جاء في قانون الأسرة

حالة وفاة الزوج يكون الزوجة أرملة وتعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام أو بوضع الحمل إذا كانت حامل.

وقد نص المشرع المالي على ذلك بموجب المادة: 101 في القانون الأسرة المالية.

حيث يقول في حالة وفاة الزوج لا يحق للمرأة أن تتزوج مرة أخرى قبل انقضاء مدة أربعة الشهر وعشرة أيام تحظر عليها كل علاقة جنسية خلال هذه المدة وخلال المدة يحظر القيام بكل مسعى سـواء معها أم مع أقاربا بصدد الزواج، وإذا ثبت ذلك كان سببا لبطلان الزواج الجديد.

والأرملة الحامل من زوجها لا يحق لها أن تتزوج عند انقضاء هذه المدة إن لم تكن قد وضعت قبل ذلك. وإذا وضعت المرأة خلال هذه المدة،لم تبق ملزمة باستكمال المدة المذكورة في الفقرة الأولى.

1 - في حال وفاة الزوج

يكون وفاة الزوج سبب من أسباب انحلال عقد الزواج وتصير الزوجة أرملة تعتد عدة المتـوفى عنها زوجها، وقبل شروعنا في بيان عدة المتوفى عنها زوجها نحاول تعريف العدة في اللغة وفى اصطلاح الفقهاء مع بيان أنواعه.

أ - التعريف بالعدة:

العدة في اللغة: مأخوذة من الإحصاء يقال عددت الشيء أعده عدة أي أحصيته وتطلق العـدة لغة على أيام حيض المرأة. أو أيام طهرها، وهذا غير المعنى الشرعي، لأن المعنى الشرعي ليس هو نفـس أيام حيض المرأة، بل هو انتظار المرأة انقضاء هذه الأيام بدون أن تتزوج على أن المعنى الشرعي أعم من انتظار مدة الحيض أو الطهر، إذ قد يكون بالأشهر، كما يكون بوضع الحمل، أما معنى العدة شرعاً، ففيه تفصيل المذاهب[1].

[1] ـ أنظر أنيس الفقهاء: في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي ج1 ص167 ط دار الوفاء – جدة تحقيق د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي والفقه على المذاهب الأربعة: عبد الرحمن الجزيري ج4 ص241 .

العدة في الاصطلاح: ((العدة تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح ويقال تربص المرأة مدة معلومة يعلم بها براءة رحمها عن فرقة حياة بطلاق أو فسخ أو لعان أو شبهة أو وضع أو تفجعا عن فرقة وفاة))[1].

والعِدَّةُ عِدَّةُ المرْأةِ وهي الأيامُ التي بانقضائِها يحلُّ لها التزوجُ، قال تعالى: ﴿ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَا ﴾[2] وقوله تعالى: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَ ﴾[3].

الحكمة من العدة

إنه مما نسلم به ابتداء، أن الشارع الحكيم إذا أمرنا بأمر وأوجب علينا حكما ما، فإننا نؤمن بأن صلاحنا وسعادتنا في الدنيا والآخرة، فيما أمرنا به وأوجبه علينا، ولا نحيد عنه أبدا، وإن بحثنا عن الحكم في هذا التشريع أو ذاك، فإنما لنبين أن الشريعة الإسلامية جاءت لتخاطب العقل، ولا نجد في شريعتنا أحكاما ما لا يقبله العقل وإن وجد ما لا يدركه العقل في بعض الأحيان لأنه من الذي لا يخفى عليه شيء في الأرض ولا في السماء وهو العليم الحكيم[4].

ومن الحكم التي ندركها من وجوب العدة بعد الفرقة بين الزوجين ما يلي:

1- براءة الرحم وطهارته، حتى لا يجتمع ماء الواطئين في رحم واحد فتختلط الأنساب.

2- وإعطاء الزوج فرصة يتمكن فيها من مراجعة زوجته وذلك في عدة الطلاق الرجعي فعسى أن يسكت عنه الغضب ويثوب إليه الرشد فيمكنه تدارك الأمر بالرجعة في أثناء العدة.

3- التنويه بفخامة أمر النكاح واحترامه وتعظيمه.

4 - ومنها تعظيم، واحترام الزوج إن كان متوفى، فتظهر الأسف على فقده، وذلك لا يكون إلا بالعدة[5].

أنواع العدة وأقسامها

للعدة أنواع ثلاثة: الحمل، والأشهر، والإقراء، والمعتدة - هي التي تجب عليها العدة.

1- إما أن تجب عليها العدة بفراق زوجها بموته، وهذه تنقسم إلى قسمين:

---

[1] ـ أنظر التعاريف: حمد عبد الرؤوف المناوي ج1 ص506

[2] ـ سورة الأحزاب، الآية: 49.

[3] ـ سورة الطلاق، الآية: 1 . وأنظر/ المفردات في غريب القرآن: الراغب الأصفهاني، البابي الحلبي، مصر.

[4] ـ أنظر **انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية** / ادكتور المصري مبروك ص418

[5] ـ أنظر أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون للإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك وانحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / ادكتور المصري مبروك.

أ - يتوفى عنها وهي حامل فعدتا وضع الحمل لقولـه تعـالي: ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ ﴾[1]. وقيل أنا تعتد بأقصى الأجلين.

ب - يتوفى عنها وهي حائل: فعدتا أربعة أشهر وعشرة أيام، وساء كان قبل الدخول أو بعده، صغيرة كانت أو كبيرة بإجماع الفقهاء والدليل عليها قول الله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجًا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٍ وَعَشۡرًا ﴾[2].

ولقول الرسول ﷺ: « لاَ يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَـلاَثِ لَيَالٍ إلا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا »[3].

2 - وإما أن تجب عليها العدة بفراق زوجها في الحياة بسبب الطلاق أو الفسخ، وهذه تنقسـم إلى ثلاثة أقسام:

الأول: أن يطلقها وهي حامل وهذه تنقضي عدتا بوضع الحمل لقوله تعـالي ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ ﴾

الثاني: أن يفارقها وهي ليست بحامل وهي من ذوات الحيض، وهذه تنقضي عدتا بثلاثة أقراء. لقوله تعالى﴿ وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[4].

لقوله ﷺ: « مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُم لِيُمْسِكْهَا حَتى تَطْهُرَ ثُم تَحِيضَ ثُم تَطْهُرَ ثُم إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلقَ قَبْلَ أَنْ يَمَس فَتِلْكَ الْعِدةُ الِتي أَمَرَ اللهُ أَنْ تُطَلقَ لَهَا النسَاءُ »[5].

الثالث: أن يفارقها وهي آيسة من المحيض لكبرها أو لصغرها وهذه تنقضي عدتا بثلاثة أشـهر لقولـه تعـالى ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ ...﴾[6].

فالمعتدات Rس:

الأولى: معتدة الوفاة الحامل.

الثانية: معتدة الوفاة غير الحامل.

---

1 ـ سورة الطلاق، الآية: 4.
2 ـ سورة البقرة، الآية: 234.
3 ـ محمد البخاري، صحيح البخاري: ج5، ص2042، حد[5024].
4 ـ سورة البقرة، الآية: 228.
5 ـ محمد البخاري: صحح البخاري، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، ج5، ص2011، حد[4953]، ط3ا(1407هـ- 1987م) متفق عليه، واللفظ للبخاري.
6 ـ سورة الطلاق، الآية: 4.

الثالثة: معتدة الطلاق الحامل.

الرابعة: معتدة الطلاق الحائل وهي من ذوات الحيض.

الخامسة: معتدة الطلاق الآيسة من الحيض، وقد عرفت أن العدة لا تخرج عن الأنواع الثلاثة.

الأول: الحمل، فتنقضي عدة الحامل بوضعه، سواء كانت مفارقة بالموت أو الطلاق.

الثاني: الأشهر، وتنقضي بها عدة الآيسة وعدة المتوفى عنها زوجها.

الثالث: الإقراء، وتنقضي بثلاثة أقراء منها عدة اللائي يحضن .[1]

وأما عِدةُ الوفاة، فتجبُ على المرأة بوفاة زوجها، سواء دخل بِها، أو لم يدخُل اتفاقاً كما دل عليه عمومُ القرآن والسنة، واتفقوا على أنهما يتوارثان قبلَ الدخول، وعلى أن الصداقَ يستقِر إذا كان مسمى، لأن الموتَ لما كان انتهاء العقدِ استقرت به الأحكام، فتوارثا، واستقر المَهر، ووجبت العِدة[2].

وذلك في حالتين: **الحالة الأولى**: أن يتوفى عنها وهي حامل وتنقضي عدتها بوضع الحمل لقوله تعالى: ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ ﴾[3].

وقد اختلف العلماء في عدة الحامل المتوفى عنها زوجها بعد أن أجمعوا بلا خلاف على أن رجلا إذا توفي وترك امرأةً حاملا فانقضت أربعةُ أشهر وعشراً أنها لا تحل حتى تلد، فعُلِم أن المقصود هو الولادة [4].

وذهب الجمهور إلى أن وضع الحمل تنقضي به عدة المتوفى عنها زوجُها ولو بعد وفاته بلحظة مشيرا إلى عموم الآية في قوله تعالى {وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ } وإن كانت الآية في الطلاق، وأخذا أيضا بحديث عُبَيْدِ اللهِ بْنِ عَبْدِ اللهِ بْنِ عُتْبَةَ أن أباهُ كتَبَ إلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللهِ بْنِ الأرْقمِ الزهْرِيِّ يَأْمُرُه أنْ يَدْخُلَ عَلَى سُبَيْعَةَ بِنْتِ الْحَارِثِ الأسْلَمِيةِ فيَسْألُهَا عَنْ حَدِيثِهَا وَعَنْ مَا قالَ لهَا رَسُولُ الله ﷺ حِينَ اسْتَفْتَتْهُ فَكَتَبَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ اللهِ بْنِ الأرْقمِ إلى عَبْدِ اللهِ بْنِ عُتْبَةَ يُخْبِرُهُ أن سُبَيْعَةَ بِنْتَ الْحَارِثِ أخْبَرَتهُ أنها كانَتْ تَحْتَ سَعْدِ ابْنِ خَوْلَةَ وَهْوَ مِنْ بَنِي عَامِرِ بْنِ لُؤَيٍّ وَكانَ مِمنْ شَهِدَ بَدْرًا فتُوُفِّيَ عَنْهَا فِي حَجةِ الْوَدَاعِ وَهْيَ حَامِلٌ فلمْ تنشَبْ أنْ وَضَعَتْ حَمْلَهَا بَعْدَ وَفَاتِهِ فلما، تَعَلتْ مِنْ نِفَاسِهَا تَجَملتْ لِلْخُطاب، فَدَخَلَ عَلَيْهَا أبو السَنَابِلِ بْنُ بَعْكَكٍ – رَجُلٌ مِنْ بَنِي عَبْدِ الدارِ – فقالَ لهَا: مَا لِي أرَاكِ تَجَملتِ لِلْخُطابِ تُرَجِّينَ النكَاحَ؟ فإنكِ وَاللهِ مَا أنتِ بِنَاكِحٍ حَتى تَمُر عَليْكِ أرْبَعَةُ أشْهُرٍ وَعَشْرٌ! قالتْ سُبَيْعَةُ: فلما قالَ لِي

---

[1] ـ أنظر / الفقه على المذاهب الأربعة: عبد الرحمن الجزيري ، ج4، ص243.

[2] ـ محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، زاد المعاد في هدي خير العباد: تحقيق، شعيب الأرناؤوط - عبد القادر الأرناؤوط، ج5، ص2678، ط14 ، (1407هـ 1986م)، مؤسسة الرسالة - مكتبة المنار الإسلامية؛ بيروت، الكويت.

[3] ـ سورة الطلاق، الآية: 4.

[4] ـ أنظر/ تفسير القرطبي: أبو عبد الله محمد القرطبي، ج 3 ، ص 165، دار الكتب العلمية، بيروت.

ذَلِكَ جَمَعْتُ عَلَيَّ ثِيَابِي حِينَ أَمْسَيْتُ، وَأَتَيْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ فَأَفْتَانِي بِأَنِّي قَدْ حَلَلْتُ حِينَ وَضَعْتُ حَمْلِي، وَأَمَرَنِي بِالتَزَوجِ إنْ بَدَا لِي[1].

قال صاحب المغني: (وأجمعوا أيضا على أن المتوفى عنها زوجُها إذا كانت حاملا أجلها وضع حملها، إلا ابن عباس وروي عن علي من وجه منقطع أنها تعتد بأقصى الأجلين، وقد روي عن ابن عباس أنه رجع إلى قول الجماعة لَما بلغه حديثُ سبيعة)[2].

وقد جاء في الصحيحين عن أَبِي سَلَمَةَ بنِ عَبْدِ الرحْمَنِ أن زَيْنَبَ ابْنَةَ أَبِي سَلَمَةَ أَخْبَرَتْهُ عَنْ أُمِّهَا أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النبِيِّ ﷺ أن امْرَأَةً مِنْ أَسْلَمَ يُقَالُ لَهَا سُبَيْعَةُ كَانَتْ تَحْتَ زَوْجِهَا تُوُفِّيَ عَنْهَا وَهْيَ حُبْلَى، فَخَطَبَهَا أَبُو السَنَابِلِ بْنُ بَعْكَكٍ فَأَبَتْ أَنْ تَنْكِحَهُ فَقَالَ: وَاللهِ مَا يَصْلُحُ أَنْ تَنْكِحِيهِ حَتى تَعْتَدِّي آخِرَ الأَجَلَيْنِ. فَمَكُثَتْ قَرِيبًا مِنْ عَشْرِ لَيَالٍ ثُم جَاءَتِ النبِي ﷺ فَقَالَ: « انْكِحِي »[3].

فقد روى صاحبُ "الجامع لأحكام القرآن" عن علي ابن أبي طالب وابن عباس أن تمام عدتها آخر الأجلين، والحجة لما روي عن علي وابن عباس بالجمع بين قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرٗا ﴾[4]. وقوله {وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ }وذلك أنها إذا قعدت أقصى الأجلين فقد عملت بمقتضى الآيتين وإن اعتدت بوضع الحمل فقد تركت العمل بآية عدة الوفاة والجمع أولى من الترجيح باتفاق أهل الأصول [5].

وذهبت الشيعة إلى ما روي عن ابن عباس من أن المتوفى عنها الحامل تعتد بأبعد الأجلين، وضع الحمل أو أربعة أشهر وعشرة أيام ، واختاره سحنون من المالكية[6].

والصحيح هو ما ذهب إليه الجمهور بأن عدةَ المرأة الحامل المتوفى عنها زوجُها وضعُ الحمل، وذلك بدليل أنّ قولَ الله تعالى: ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ ﴾ جاءتْ مُخصِّصة لعموم قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ ﴾؛ لأن قولَه: ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ ﴾ أخرجَ ذوات الأحمال مِن عموم اللواتي يتوفون عنهن أزواجُهن.

---

[1] ـ محمد البخاري، صحيح البخاري: ج4، ص1466، حد[3770]، التفسير. مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم: ج2، ص1122، حد[1484].
[2] ـ المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني: عبد الله بن قدامة المقدسي، ج 9 ، ص 111، طبعة(1405هـ)، دار الفكر، بيروت.
[3] ـ صحيح البخاري: الإمام البخاري، ج4، ص 1864، حد[4626]، كتاب الطلاق. واللفظ للبخاري.
صحيح مسلم: الإمام مسلم، ج2، ص1122، حد[1485]، الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل.
[4] ـ سورة البقرة، الآية: 234.
[5] ـ أنظر/ الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي): أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، ج 3 ، ص 165.
[6] ـ أنظر/ المدونة الكبرى: ج2، ص27.

ويؤيد ذلك الحديث الصحيح عن سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أن أَبَا سَلَمَةَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَابْنَ عَبَّاسٍ اجْتَمَعَا عِنْدَ أَبِي هُرَيْرَةَ وَهُمَا يَذْكُرَانِ الْمَرْأَةَ تُنْفَسُ بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا بِلَيَالٍ. فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ عِدَّتُهَا آخِرُ الأَجَلَيْنِ. وَقَالَ أَبُو سَلَمَةَ قَدْ حَلَّتْ. فَجَعَلاَ يَتَنَازَعَانِ ذَلِكَ، قَالَ: فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: أَنَا مَعَ ابْنِ أَخِي – يَعْنِي أَبَا سَلَمَةَ - فَبَعَثُوا كُرَيْبًا - مَوْلَى ابْنِ عَبَّاسٍ - إِلَى أُمِّ سَلَمَةَ يَسْأَلُهَا عَنْ ذَلِكَ، فَجَاءَهُمْ فَأَخْبَرَهُمْ أن أُمَّ سَلَمَةَ قَالَتْ: إِنَّ سُبَيْعَةَ الأَسْلَمِيَّةَ نُفِسَتْ بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا بِلَيَالٍ، وَإِنَّهَا ذَكَرَتْ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَمَرَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ[1].

وحديث سُبَيْعة هذا متأخرٌ عن عدة الوفاة؛ لأن قصة سبيعة كانت بعد حَجة الوَداع، وزوجُها سَعْد بن خَوْلة هو ممن شهد بدراً، توفي بمكة حينئذ وهي حامل، وهو الذي رَثَى له رسول الله ﷺ من أن توفى بمكة، وولدتْ بعده بنصف شهر. وقال البخاري: بأربعين ليلة[2].

والحالة الثانية: أن يتوفى عنها وهي حائل وتنقضي عدتها بأربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرٗا ﴾[3].

ولا فرق في ذلك بين أن تكون الزوجة صغيرة أو كبيرة مدخولاً بها أو غير مَدْخولٍ بها آيسة من الحيض أو من ذوات الحيض.

المطلب الثاني: إحداد المتوفى عنها زوجها:

" الإحداد: هو عبارة عن ترك الزينة من الطيب ولبس ما يدعوها إلى الأزواج من ثياب وحلي وغير ذلك وهو واجب في عدة الوفاة لقوله صلى الله عليه وسلم «لا تمس طيبا إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها بنبذه من قسط أو اظفار»

وقد أجمعت الأمة على وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها إلا ما حكي عن الحسن، والحكم بن عتيبة [4].

فعلى المرأة المتوفى عنها زوجها أن تترك الزينة مدة عدتها، أربعة أشهر وعشرا، أو بعد وضع حملها إن كانت حاملا، والزينة تشمل كل ما تتزين به النساء من لبس المصبوغ والملون والحلي من

---

[1] ـ صحيح البخاري: الإمام البخاري، ج4، ص 1864، حد[4626]، كتاب الطلاق.
صحيح مسلم: الإمام مسلم، ج 2 ، ص 1122 حد[1485]، الطلاق. واللفظ لمسلم.

[2] ـ أنظر/ الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي): أبو عبد الله محمد القرطبي، ج 3 ، ص 165.

[3] ـ سورة البقرة، الآية: 234.

[4] ـ انظر/ تفسير القرطبي : للقرطبي، ج3 ، ص 165و بداية المجتهد: ج1 ص863 وتفسير ابن كثير: ج1 ص 382 والمغني: ابن قدامة ج9 ص167 و صحيح البخاري: ج 5 ص 2043.

الذهب والفضة وغيرهما، والطيب والكحل، وخضاب وحناء ما دامت في عدتها؛ لأن الزينة داعيـة إلى الأزواج، فنهيت عن ذلك قطعاً للذرائع[1].

وهو واجب في عدة الوفاة قولاً واحداً، ولا يجب في عدة الرجعية قولاً واحداً، وهل يجـب في عدة البائن فيه قولان. ويجب الإحداد على جميع الزوجات المتوفى عنهن أزواجهـن، سـواء في ذلـك الصغيرة والآيسة والحرة والأمة والمسلمة والكافرة [2].

وقد ذهب جمهور العلماء إلى ترك الزينة في عدة الوفاة استدلالا بالأحاديث الثلاثـة الصـحيحة الواردة فيها عَنْ حُمَيْدِ بْنِ نَافِعٍ عَنْ زَيْنَبَ ابْنَةِ أَبِي سَلَمَةَ أَنهَا أَخْبَرَتْهُ هَذِهِ الأَحَادِيثَ الثَلاثَةَ، وهي كمـا في صحيح البخاري:

عَنْ زَيْنَبَ ابْنَةِ أَبِي سَلَمَةَ قَالَتْ: دَخَلْتُ عَلَى أُمِّ حَبِيبَةَ زَوْجِ النبِيِّ ﷺ حِينَ تُوُفِّيَ أَبُوهَا أَبُو سُفْيَانَ بْنُ حَرْبٍ فَدَعَتْ أُم حَبِيبَةَ بِطِيبٍ فِيهِ صُفْرَةٌ - خَلُوقٌ أَوْ غَيْرُهُ – فَدَهَنَتْ مِنْهُ جَارِيَةً ثُم مَستْ بِعَارِضَيْهَا ثُم قَالَتْ: وَاللهِ مَا لِي بِالطيبِ مِنْ حَاجَةٍ غَيْرَ أَني سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ: « لاَ يَحِل لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ تُحِد عَلَى مَيتٍ فَوْقَ ثَلاَثِ لَيَالٍ إلا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا »[3].

قَالَتْ زَيْنَبُ: ثُم دَخَلْتُ عَلَى زَيْنَبَ بِنْتِ جَحْشٍ حِينَ تُوُفِّيَ أَخُوهَا وَقَدْ دَعَتْ بِطِيبٍ وَمَستْ مِنْهُ ثُم قَالَتْ وَاللهِ مَا لِي بِالطيبِ مِنْ حَاجَةٍ غَيْرَ أَني سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ عَلَى الْمِنْبَرِ: « لاَ يَحِل لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ تَحِد عَلَى مَيتٍ فَوْقَ ثَلاَثِ لَيَالٍ إلا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا »[4].

قَالَتْ زَيْنَبُ: وَسَمِعْتُ أُم سَلَمَةَ تَقُولُ: جَاءَتِ امْرَأَةٌ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللـهِ! إِن ابْنَتِي تُوُفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا وَقَدِ اشْتَكَتْ عَيْنَهَا أَفَتَكْحُلُهَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: « لاَ ». مَرتَيْنِ أَوْ ثَلاَثًا كُل ذَلِكَ يَقُولُ لاَ ثُم قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: « إِنمَا هِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ، وَقَدْ كَانَتْ إِحْـدَاكُن فِـي الْجَاهِلِيةِ تَرْمِي بِالْبَعَرَةِ عَلَى رَأْسِ الْحَوْلِ »[5].

1 - ġÓĻ الإġÆاد

وأما الحداد على الزوج وذلك في عدة الوفاة من زواج صحيح

وقالوا في تأويل قوله ﷺ: (إلا على زوج) مستثنا من قوله لا يحل، وإنه استثنا الواجب مـن الحرام، وقد قال الرافعي: أن الأئمة أجمعوا أنه أراد الوجوب وإن كان ظاهره لا يقتضي إلا الجواز، وإن

---

[1] ـ أنظر/ تفسير القرطبي: أبو عبد الله القرطبي، ج 3 ، ص 165 .

[2] ـ أنظر/ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم: دار إحياء التراث العربي، ج3، ص2880 .

[3] ـ محمد البخاري، صحيح البخاري: ج5، ص2042، حد[5024]، الجنائز. مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم: ج2، ص1123، حد[1486].

[4] ـ محمد البخاري، صحيح البخاري: ج5، ص2042، حد[5024]، الجنائز. مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم: ج2، ص1124، حد[1487].

[5] ـ اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان: محمد فؤاد عبد الباقي، ج2، ص520، 521، حد[950]، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد فـي عـدة الوفاة، وتحريمها في غير ذلك إلا ثلاثة أيام، ط1(1421هـ 2001م)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

لم نسلم بالإجماع، إلا أن الأحاديث الصحيحة الأخرى تدل على الوجوب وبذا يسقط ما ذهب إليه الحسن البصري والحكم بن عتيبة، ويتعين وجوب الإحداد، والله أعلم[1].

انتقال العدة من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة

إذا مات زوج المطلقة طلاقا رجعيا وهى في العدة تعتد عدة الوفاة وتنهدم عدة الطلاق سواء أكان وقوع الطلاق في حال صحة أو في مرض موته وعلة ذلك أن الزوجية لا تزال قائمة والمرأة في عدة الطلاق الرجعي فيصدق عليها فهذه الحالة أنها زوجته فتكون داخلة في عموم قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجًا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرٗا ﴾[2].

إذا أبان الرجل زوجته في مرض موته وكان هناك ما يدل على أنه يريد الفرار من أن ترثه ثم مات في أثناء عدتها فإنها تعتد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق فأيتهما كانت أطول من الأخرى فهي عدتها[3].

ويقول الإمام أبو زهرة في تعليل هذا الحكم: « ذلك لأن الطلاق لما كان بائنا، فقد مات عنها والزوجية ليست قائمة، وذلك يقتضي أن تكون عدتها بالإقراء فقط من غير نظر إلى غيرها، ولكن لأنها ورثت، وجب اعتبار الزوجية قائمة، إذ هي بسبب الميراث فكان من العمل بالاعتبارين جعل عدتها بأبعد الأجلين »[4] .

((ويذهب أبو يوسف إلى أنها تعتد عدة الطلاق فقط ولا تتحول إلى وفاة لأن ثبوت الميراث كان للضرورة، ليرد عليه قصده الحرمان من الميراث، وهذا لا يقتضي اعتبار الزوجية قائمة بالنسبة للعدة.

والصحيح قول أبي يوسف، لأن الميراث إنما ثبت بسبب الفرار منه، أما العدة فإنما تثبت حقا للزوج، وإذا انتفت الزوجية بالبينونة، انتفى وجوب العدة قطعا ، لأنه سببها، والله أعلم))[5].

متى تبدأ العدة

مبدأ العدة بعد الفرقة فورا في الزواج الصحيح سواء أكانت بموت أو طلاق أو غيره ولا يتوقف على علم المرأة بل تبتدئ بمجر التفرقة وتنتهي بانتهاء اجلها وإن لم تعلم المرأة بالفرق بينها وبين زوجها

---

[1] ـ انظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص 423.

[2] ـ أنظر سورة البقرة الآية 234.

[3] ـ أنظر / أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون للإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك وصل علاء الدين أحمد إبراهيم ص 527.

[4] ـ انظر/ الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة، ص 378 ،379 .

[5] -انظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص444

لأن السبب الموجب للفرقة هو الفراق وقد حدث فلا يشترط العلم بمضيه تبدأ العدة من وقت الطلاق أو الوفاة اتفاقا، إن طلقها وهو حاضر وهي عالمة به أو مات وهي حاضرة أو علمت من يومه[1].

واختلفوا إذا كان الزوج غائبا وبلغها وفاة زوجها أو طلاقه هل تبدأ العدة من يوم موت الزوج أو طلاقه أو عند وقت وصول الخبر إليها وفي ذلك قولان:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء، إلى أن العدة تبدأ من يوم الوفاة أو الطلاق

القول الثاني: روي عن علي رضي الله عنه وبه قال الحسن البصري و قتادة و عطاء الخراساني و جـلاس بن عمرو وقال سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وقالوا بأن العدة تبدأ من الوقت الذي يبلغها الخبر ويقول الإمام القرطبي: ((والصحيح الأول لأنه تعالى علق العدة بالوفاة أو الطلاق ولأنا لو علمت بموته فتركت الإحداد انقضت العدة فإذا تركته مع عدم العلم فهو أهون ألا ترى أن الصغيرة تنقضي عدتها ولا إحداد عليها وأيضا فقد أجمع العلماء على أنا لو كانت حاملا لا تعلم طلاق الزوج أو وفاته ثم وضعت حملها أن عدتها منقضية ولا فرق بين هذه المسألة وبين المسألة المختلف فيها)) [2].

نفقة المعتدة

إذا كانت واجبة على كل امرأة تفارق زوجها أن تعتد في المنزل الذي كانت تسكنه مع زوجهـا إلى أن تنقضي عدتها لقوله تعـالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمۡۖ لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ لَا تَدۡرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا ﴾[3].

وتستحق الزوجة المعتدة ما دامت في منزل الزوجية إلا أن هنا حالة يسقط فيها هذا الواجب وهو مـا يلي:

1 ـ إذا كانت معتدة من الوفاة لأن النفقة من آثار عقد الزواج فكل ما يترتب عليه يكون حقا شخصيا ولا يسوغ إيجابه على غير العاقد وهو الزوج وقد مات فليس ثمة من تجب عليه تلك النفقة.

2 ـ إذا كانت الفرقة من الزواج الفاسد أو من دخول بشبهه لأن النفقة غير واجبة في هذا العقد فـلا تجب في آثاره.

---

[1] ـ أنظر أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون للإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك وصل علاء الدين أحمد إبراهيم ص531 والطلاق أحمد محمود الشافعي ص123 انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص446 .

[2] ـ انظر/ جامع أحكام القرآن: محمد القرطبي، ج3 ص165.

[3] ـ **سورة الطلاق**، الآية: 1.

3 ـ إذا كانت معتدة بسبب فرقة جاءت من قبلها محظورة شرعا كأن يرتد عن الإسلام أو ﳜرج مـن مـ ل الزوجية من غير ضرورة[1].

وأما المعتدة من الطلاق الرجعي فلا خلاف في استحقاقها النفقة والسكنى وكذلك البـائن إن كانـت حاملا لقوله تعالي: ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَـٰتِ حَمۡلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ ﴾[2].

وأما غير الحامل فقد اختلفوا فيه إلي ثلاثة أقوال:

1 ـ ذهب المالكية الشافعية: إلى أن لا نفقة للمطلقة بائنا ما لم تكن حاملا ولها السكنى لقوله تعالى: ﴿ أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ﴾[3].

2 ـ ذهب الحنابلة والظاهرية: إلى أنها لا نفقة ولا سكنى لها واستدلوا بما روي عن فاطمة بنت قـيس ((أن زوجها طلقها طلقة ثالثة فلم يجعل لها النبي صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة)).

3 ـ وذهب الحنفية: إلى أنها تستحق النفقة والسكنى واستدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجۡعَلُ ٱللَّهُ بَعۡدَ عُسۡرٍ يُسۡرًا ﴾[4]. يشمل المطلقات جميعا سواء أكان رجعيا أم بائنا فلا ﳜصص عام القرآن إلا بدليل قطعي ولم يوجد ذلك الدليل[5].

2 - في ǵالة وǧاة الǄوǱة

تنحل الرابطة الزوجية بوفاة الزوجة ويصير الزوج أرملا وكفن المرأة ومؤونة دفنها من مالهـا إن كان لها مال وهذا قول الشافعي و أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي.

وقال بعضهم: يجب على الزوج، واختلفوا عن مالك فيه واحتجوا بأن كسوتها ونفقتها واجبـة عليه فوجب عليه كفنها كسيد العبد والوالد، ولنا أن النفقة والكسوة تجب في النكاح للـتمكن مـن الاستمتاع ولهذا تسقط بالنشوز والبينونة، وقد انقطع ذلك بالموت فأشبه ما لو انقطع بالفرقة في الحيـاة ولأنها بانت منه بالموت فأشبهت الأجنبية وفارقت المملوك فإن نفقته تجب بحق الملك لا بالانقطاع ولهذا تجب نفقة الآبق وفطرته والوالد أحق بدفنه وتوليه إذا تقرر هذا فإنه إن لم يكن لها مال فعلى من تلزمـه نفقتها من الأقارب فإن لم يكن ففي بيت المال كمن لا زوج لها[6].

---

[1] ـ أنظر شرح قانو الأحوال الشخصية السوري عبد الرحمان الصابوني ص128 والأحوال الشخصية محمد أبو زهرة ص384 والطلاق أحمد محمود الشافعي ص127.

[2] ـ سورة الطلاق الآية 6

[3] ـ سورة الطلاق الآية 6

[4] ـ سورة الطلاق الآية 7

[5] ـ أنظر الأحوال الشخصية محمد أبو زهرة ص385 والفرقة بين الزوجين علي حسب الله ص 206.

[6] ـ أنظر/ **المغني**، لابن قدامة، ج2 ، ص ،392.

مناقشة قانون الأسرة

المرأة المتوفى عنها زوجها إما أن تكون حاملا أو حائلا، وتعتد بوضع الحمل إذا كانت حـاملا وبأربعة أشهر وعشرة أيام إن كانت حائلا وقد نص القانون المالي على ذلك في المادة: 101 حيث يقول في حالة وفاة الزوج لا يحق للمرأة أن تتزوج مرة أخرى قبل انقضاء مدة الأربعة أشهر وعشرة أيام تحظر عليها كل علاقة جنسية خلال هذه المدة وخلال المدة يحظر القيام بكل مسعى سواء معها أم مع أقاربـا بصدد الزواج، وإذا ثبت ذلك كان سببا لبطلان الزواج الجديد.

والأرملة الحامل من زوجها لا يحق لها أن تتزوج عند انقضاء هذه المدة إن لم تكن قد وضـعت قبل ذلك.

وإذا وضعت المرأة خلال هذه المدة،لم تبق ملزمة باستكمال المدة المذكورة في الفقرة الأولى[1].

وفي هذه المادة لم يخرج المشرع المالي من إطار الفقه الإسلامي وقد رأينا اتفاق الفقهاء على أن المرأة المتوفى عنها زوجها عنها تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرٗا ﴾[2]. إذا كانت غير حامل وأما الحامل فإنا تعتد بوضع الحمل لقوله تعالى: ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ ﴾[3]؛ وهو قول الجمهور.

المبHث الثاني: انلال Ɜقǻ الÂواǮ بالعيƾ في أǵǻ الÂوǄƘ[4].

Ɜرȏ ما ǄƾŎ في القانون الأسرة المالي

✍ عجز أحد الزوجين عن القيام بالواجبات الزوجية.

وذلك لسبب من السباب إما لمرȏ أو عيب

✍ إصابة أحد الزوجين بمرȏ تتعذر معه العشرة الزوجية، أو لا يرجى إبرائه.

✍ أنْ يوجد في أحد الزوجين عَيْبٌ مشين يمنع العلاقة الزوجية، أو تنفر منه النفسُ.

المطǴƐ الأول: العيوب اǖوزة لǴǘلƢǬ

والمقصود بالعيب: هو نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين أو ما يمنع المعاشرة بين الزوجين أو ينفر منه ولا يتحقق معه السكن والمودة ورحمة التي تنشأ بين الزوجين[5].

---

[1] ـ أنظر: قانون الزواج والوصايا لجمهورية مالي

[2] ـ **سورة البقرة،** الآية: 234.

[3] ـ **سورة الطلاق،** الآية: 4.

[4] ـ وهذا المبحث مأخوذ من رسالة الدكتور المصري مبروك ومن أراد الزيادة فعليه به من ص 341إلى ص 369والطلاق أحمد محمود الشافعي ص81 والفرقة بين الزوجين ص120.

[5] ـ أنظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص341

وقد قسم العلماء هذه العيوب إلى ثلاثة أقسام

الأول: وأهم ما يختص به الرجل أربعة:

1- الخصاء: وهو أن تَضرِب العُروقَ بحديدةٍ وَتطْعن فيها من غير إخراج البيضتين يقال : كبشٌ مَوْجوء إذا فُعِل به ذلك وقيل هو قطع الأنثيين مع بقاء الذكر ينتصب [1].

2- الجب: وهي التي قُطِع رأسُها وليس لها عَزْلاء من أسفلِها يَتنفس منها الشرابُ وقيل هو مقطوع الذكر والأنثيين[2].

3 - العنه: هو الذي لا يستطع إتيان زوجته في قبلها ولو انتصبت آلته قبل أن يقرب منها وإنما يكون ذلك لمرض به أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر[3].

4 - الاعتراض : عدم الانتصاب عضو التناسل[4].

الثاني: أما أهم ما تختص به المرأة فخمسة:

1- الرتق: وهو انسداد مدخل الذكر من الفرج فلا يستطاع جماعها.

2- القرن: هو في الفرج مانع يمنع سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم وامرأة قرناء بها ذلك.

3 - الفتق: انخراق ما بين القبل والدبر أي الفصل بين متصلين وهو ضد الرتق.

4 - العفل: كالرغوة في الفرج يمنع لذة الجماع.

5- البخر: بخر الفرج أي نتانته[5].

الثالث:أهم ما هو مشترك بينهما:

1- الجنون : ذهاب العقل.

2- الجذام: هو مرض يقطع اللحم ويسقطه.

3- البرص: بياض يبدو في ظاهر البدن وهو نوعان: أبيض وأسود؛ والأسود أخطر لأنه مقدمة الجذام يكون له قشرة مدورة يشبه الفلوس.

4 - العذيطة: من لا يستمسك خلاؤه عند الجماع، (يتغوط أو يخرج الريحَ)[6].

---

[1] ـ أنظر المغرب في ترتيب المعرب: أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيدبن علي بن المطرز ج2 ص342 مكتبة أسامة بن زيد حلب تحقيق : محمود فاخوري و عبدالحميد مختار ط 1، .1979 والفقه على المذاهب الأربعة: ج4 ص97 .

[2] ـ أنظر النهاية في غريب الأثر: ج1 ص668 و الفقه على المذاهب الأربعة: ج4 ص95.

[3] ـ أنظر أنيس الفقهاء: ج1 ص165 والفقه على المذاهب الأربعة: ج4 ص96 .

[4] ـ أنظر الفقه على المذاهب الأربعة: ج4 ص95.

[5] ـ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص346 و التعاريف: ج1 ص355 و أنيس الفقهاء: ج 1ص 151 والفرقة بين الزوجين ص 120 المغني: ابن قدامة ج7 ص579.

[6] ـ أنظر نفس المراجع و المصباح المنير: ج1 ص94.

واختلفوا فيما يثبت به الخيار من هذه العيوب اتفق أصحاب المذهب الأربعة علي ثبوت الخيار بالعيوب الثلاثة: الجب و الخصاء العنة واختصر الأحناف العيوب التي تثبت الخيار على هذه الثلاثة وزاد المالكية والشافعية والحنابلة الجنون والجذام والبرص

وتوسع ابن القيم في ذلك وقال أن كل عيب ينفر أحد الزوجين من الآخر ولا يتحقق معـه مقصـود الزواج من السكن والمودة الرحمة التي تنشأ بين الزوجين يوجب الخيار[1].

((والصحيح هو ما ذهب إليه ابن القيم رحمه الله إذ هو الفقه، لأنه إذا كان كما يقول الشافعي – رحمه الله: (لو تزوج الرجل امرأة على أنها جميلة، شابة، موسرة، تامة، بكر، فوجدها عجوزا، قبيحـة، معدمة، قطعاء، ثيبا، أو عمياء، أو بها ضررٌ، ما كان الضر غير العيوب الأربعة التي بينا فيها الخيار فـلا خيار له)، فكيف يعيش مع العمياء بل مع مقطوعة اليدين والرجلين؟ إنه للحرج بعينه، وإنه يحق كمـا يقول ابن القيم: (أن العمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كـون الرجل كذلك، من أعظم المنفردات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش، وهـو منـاف للـدين، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفا).

ثم ماذا تقول عن المصاب بداء الإيدز، أيلزم الزوجة على البقاء معه لتكون فراشا لهذا الـداء؟ أم نتدخل لمنع الضرر؟ والقياس كما قالوا يقضي أن يقاس على البرص كل داء منفر من الاستمتاع، حتى تدوم الحياة الزوجية، في هناء العيش وراحة الضمير))[2].

اختلف الفقهاء في جواز الفرقة بالعيب فمنهم من منع ذلك في كل الأحوال ومنهم من أجاز ذلك.

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز فسخ النكاح بالعيوب[3].

وذهب داود الظاهري، وابنُ حزم، وَمَن وافقهما إلى أنه: لا يجوز فسَخ النكاح بعيب البتة[4].

الأدلـة:

أما أدلة الجمهور فإن أقوى ما تمسكوا بـه قـول الله تعـالى: ﴿ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾[5]، ولحديث عُبَادَةَ بْنِ الصامِتِ أن رَسُولَ اللهِ ﷺ قَضَى أَنْ « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ »[6].

---

[1] ـ أنظر زاد المعاد: ج5 ص163والطلاق أحمد محمود الشافعي ص81.

[2] ـ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص348 وعنه أنظر زاد الميعاد: ابن القيم، ج 5، ص182 ، 183 .

[3] ـ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص342 وعنه أنظر الأم 90،91/5 ، المدونة الكبرى 62،63/3 ، والمغنى 126،127/7 وتكملة المجموع للمطيعي 265/76 والشرح الصغير 257/3 والكافي لابن قدامة 684/2 ومعين الحكام للطرابلسي ص 153 .

[4] ـ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص342 وعنه انظر المحلى 357/11 ، نيل الأوطار 173/6 ، فتح القدير 303،304/4

[5] ـ سورة البقرة، الآية: 229.

[6] ـ أحمد بن حنبل أبو عبد الله ، مسند الإمام أحمد بن حنبل: تحقيق، شعيب الأرنؤوط، ج5، ص326، حد[22830]، حديث عبادة بن الصامت.

وبما روي عَنِ ٱبْنِ عَباسٍ ﷺ قَالَ: طَلَقَ عَبْدُ يَزِيدَ أَبُو رُكَانَةَ وَإِخْوَتِهِ أُم رُكَانَةَ، وَنَكَحَ ٱمْرَأَةً مِـنْ مُزَيْنَةَ، فَجَاءَتِ النبِي ﷺ فَقَالَتْ: مَا يُغْنِي عَنِّي إلا كَمَا تُغْنِي هَذِهِ الشعْرَةُ لِشَعْرَةٍ أَخَذَتْهَا مِنْ رَأْسِهَا فَفَرِّقْ بَيْنِي وَبَيْنَهُ، فَأَخَذَتِ النبِي ﷺ حَمِيةٌ، فَدَعَا بِرُكَانَةَ وَإِخْوَتِهِ ثُم قَالَ لِجُلَسَائِهِ: « أَتَرَوْنَ فُلاَنًا يُشْبِهُ مِنْهُ كَذَا وَكَذَا مِنْ عَبْدِ يَزِيدَ وَفُلاَنًا مِنْهُ كَذَا وَكَذَا؟». قَالُوا: نَعَمْ، قَالَ النبِي ﷺ لِعَبْدِ يَزِيدَ: « طَلِّقْهَا ». فَفَعَـلَ، قَالَ: « رَاجِعِ ٱمْرَأَتَكَ أُم رُكَانَةَ وَإِخْوَتِهِ ». فَقَالَ: إِنِّي طَلَّقْتُهَا ثَلاَثًا يَا رَسُولَ اللهِ! قَالَ: « قَدْ عَلِمْـتُ، رَاجِعْهَا ». وَتَلاَ ﴿يَا أَيهَا النبِي إِذَا طَلَّقْتُمُ النسَاءَ فَطَلِّقُوهُن لِعِدتِهِن﴾[1].

وقد جاء في رواية أخرى عَنِ ٱبْنِ عَباسٍ أن رُكَانَةَ نفسَه هو الذي طلق امرأته وليس أباه، فَعَنِ ٱبْنِ عَباسٍ قَالَ: طَلَقَ رُكَانَةُ بْنُ عَبْدِ يَزِيدَ أَخُو بَنِي مُطَلِبٍ ٱمْرَأَتَهُ ثَلاَثاً فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ فَحَزِنَ عَلَيْهَا حُزْنـاً شَدِيداً – قَالَ – فَسَأَلَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ « كَيْفَ طَلَّقْتَهَا؟ » قَالَ: طَلَّقْتُهَا ثَلاَثاً. قَالَ فَقَالَ: « فِي مَجْلِـسٍ وَاحِدٍ ». قَالَ نَعَمْ. قَالَ: « فَإِنمَا تِلْكَ وَاحِدَةٌ فَارْجِعْهَا إِنْ شِئْتَ ». قَالَ فَرَاجَعَهَا فَكَانَ ٱبْنُ عَباسٍ يَرَى أَنمَا الطلاَقُ عِنْدَ كُل طُهْرٍ[2].

وقد استدل الظاهرية بالحديث الذي روته عائشة - رضي الله عنها – قالت: جَاءَتِ ٱمْرَأَةُ رِفَاعَـةَ الْقُرَظِي النبِي ﷺ فَقَالَتْ: كُنتُ عِنْدَ رِفَاعَةَ فَطَلَّقَنِي فَأَبَت طَلاَقِي فَتَزَوجْتُ عَبْدَ الرحْمَنِ بْنَ الزبِيرِ إِنمَـا مَعَهُ مِثْلُ هُدْبَةِ الثوْبِ! فَقَالَ ﷺ: « أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ؟ لاَ، حَتى تَذُوقِي عُسَـيْلَتَهُ وَيَـذُوقَ عُسَيْلَتَكِ »[3].

وجه الدلالة من الحديث، قالوا: إن المرأة أتت النبي ﷺ شاكية عيبَ زوجها، فلم يفرق الرسول بينهما ولا ضرب له أجلا؛ وهذا لا يقيم له دليل، وقد جاء في [زاد المعاد]: أنه لا يُقبل قولُ المرأة على الرجل أنه لا يقدِرُ على جماعها[4].

ولعل ما يرجح رأي الجمهور، أن الإمساك بالمعروف لا يتحقق بوجه مع العيـوب الـتي تمنـع الاستمتاع أو تنفر منه، كيف وقد أجيز الطلاق بمجرد ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر في الإيلاء، بـل بمجرد أن تقول المرأة لزوجها: أكرهكَ ولا أطيق العيش معكَ لِخُلْقه أو خَلْقِه (في الخلع)، ولا يجوز بترك الوطء أمد الدهر؟ هذا من جهة، ثم إن ما استدل به ابن حزم فلا يستقيم، لأن المرأة جاءت تسأل عمـا

---

[1] ـ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، سنن أبي داود: محمد محيي الدين عبد الحميد، ج1، ص667، حد[2196]، بلا(ط ت)،دار الفكر. قال أبو داود: حديث: أن ركانة طلق امرأته البتة فردها النبي ﷺ أصح، لأنهم ولد الرجل، وأهله أعلم به إن ركانة إنما طلق امرأته البتة فجعلها النبي ﷺ واحدة. وقال الشيخ الألباني في سنن أبي داود، ج2، ص413: حديث حسن.

[2] ـ أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل: ج1، ص265، حد[2387]، والحديث صححه ابن القيم في الزاد وأحمد شاكر في تعليقه على المسند.

[3] ـ محمد البخاري، صحيح البخاري: ج2، ص933، حد[2496]، الشهادات. مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم: ج2، ص1055، حد[1433].

[4] ـ محمد بن أبي بكر ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد: مرجع سابق، ج5، ص257، ط14 ، (1407هـ 1986م)، .

يحلها لزوجها الذي طلقها ثلاثا ولذلك كانت إجابته: « لاَ، حَتى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ »[1].

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن للزوجة حق في طلب فسخ الزواج إذا وجدت في زوجها عيبا من العيوب التي لا يمكن للزوجة أن يقيم معه إلا بضرر واختلفوا هل للزوج حق في طلب الفسخ إذا وجد عيبا في الزوجة وفي ذلك قولين.

القول الأول: ذهب الأحناف إلى أن الزوج لا حق له في الفسخ بالعيب لأن الطلاق بيده وإذا تضرر بالعيب يمكنه أن يدفع الضرر بالطلاق ولا حاجة إلى القضاء بخلاف المرأة فإنه لا تمكن لها أن تفرق إلا بالقضاء أو برضا الزوج بما روي عن الإمام علي ﷺ قال: (لا ترد الحرة بعيب)[2].

وذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه للزوج أيضا حق الخيار لما قد يلحقه من ضرر.

واستدلوا بما روي عَنْ زَيْدِ بْنِ كَعْبٍ قَالَ كَعْبٌ: تَزَوجَ رَسُولُ اللهِ ﷺ امْرَأَةً مِنْ بَنِي غِفَارٍ فَأُهْدِيَتْ إِلَيْهِ فَرَأَى بِكَشْحِهَا وَضَحًا مِنْ بَيَاضٍ قَالَ: « ضُمِّي إِلَيْكِ ثِيَابَكِ وَالْحَقِي بِأَهْلِكِ ». وَأَلْحَقَ لَهَا مَهْرَهَا.

وفي رواية عَبْد اللهِ بْنُ عُمَرَ قَالَ: تَزَوجَ رَسُولُ اللهِ ﷺ امْرَأَةً مِنْ بَنِي غِفَارٍ فَلَما أُدْخِلَتْ رَأَى بِكَشْحِهَا وَضَحًا فَرَدهَا إِلَى أَهْلِهَا وَقَالَ: « دَلستُمْ عَلَي »[3].

((وبناء على قاعدة: ((لا ضر ولا ضرار)) يُمكن القول بثبوت الْخيار للزوج أيضاً، في كل حالة دلس عليه فيها، عند العقد حتى لا يتخذ التدليس والخداع – كما يقول علي حسب الله – وسيلة للحصول على المال))[4].

ÉǵوQ العيÆ بعÉ العقÉ:

إذا حدث العيب بعد العقد فهل للزوجين حق الخيار ؟

لقد ذهب المالكية وقدϹ قول الشافعي ورواية لدى الحنابلة إلى أن حدوث العيب بعد العقد يخول للمرأة حق الخيار، وليس ذلك للرجل.

وعللوا ذلك: بأن العصمة ليست بيدها بخلاف الزوج، وليس له ردها، إن حدث با بعد العقد، وهي مصيبة نزلت به فإما أن يرضى ، وإما أن يطلق إذ العصمة بيده

---

[1] ـ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص343 محمد البخاري، صحيح البخاري: ج2، ص933، حد[2496]، الشهادات. مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم: ج2، ص1055، حد[1433].

[2] ـ انظر/ الطلاق أحمد محمود الشافعي ص81 والفرقة بين الزوجين ص 121 وأحكام الأحوال الشخصية في الشيعة الإسلامية والقانون ص409 و المغني: ابن قدامة ج7 ص579.

[3] ـ انظر الحديثين في: أحمد أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى: تحقيق، محمد عبد القادر عطا، ج7، ص256، حد[14266]، كتاب الطلاق، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414هـ- 1994م. قال السيوطي: رواه البيهقي من حديث بن عمر بهذا اللفظ، وفيه اضطراب كثير على جميل بن زيد راويه؛ انظر/ أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير: تحقيق، السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، ج3، ص177، المدينة المنورة، طبعة (1384هـ- 1964م). وقال الهيثمي: وجميل ضعيف، انظر/ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: ج4، ص552، حد[7607]، دار الفكر، بيروت، طبعة (1412 هـ).

[4] ـ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص 344.

وذهب الشافعية على الصحيح عندهم، وفي رواية عند الحنابلة: إلى أن الخيار يثبت للزوجين إذا حدث العيب بعد العقد، لأن ما ثبت به الخيار إذا كان موجوداً حال العقد يثبت به الخيار إذا حدث بعد العقد، كالإعسار بالمهر والنفقة، ولأنه عقد على منفعة، فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالإجارة.

والذي نراه – والله أعلم – أن ما ذهب إليه المالكية هو الراجح من جهة، خاصة وأنهم يحددونه بشدة الإيذاء، وليس كل عيب عندهم يعطيها حق الخيار يقول أبو البركات: « وإن كان بالزوج فلها رده ببرص وجذام وجنون لشدة الإيذاء بها وعدم الصبر عليها ».

ومن جهة أخرى فإننا إن وافقنا المالكية بما حددوه من عيوب ، إنما نوافقهم على التعليل لا على الحصر ، فكل عيب يشتد الإيذاء به وعدم الصبر عليه يخول للمرأة حق الخيار ، وإن قلنا أن للمرأة حق الخيار بالإعسار عن النفقة أو بترك الوطء مدة أربعة أشهر ، فإنه يتحتم علينا – وهذا ما يقتضيه المنطق – أن نعطيها الخيار بالجب والعنة أو بما يصيب الزوج من أمراض خطيرة – كالإيدز، والزهري – عافانا الله منها، آمين.

ثم أنه ليس من المروءة أن يتسارع الزوجان إلى الفرقة بمجرد أن يلحق بصاحبه عجز أو مرض ، أو فقر بعد الغنى ، لأنه ليس بيده، فسبحان مقلب الأحوال، والإنسان يبتلى ولا بد من الصبر؛ ومن هنا قلنا لا خيار لها إلا بما تتعذر الحياة معه ويلحق بها الضرر[1].

شروط الخيار بالعيب:

1- عدم العلم بالعيب قبل العقد ولو علم أحد الزوجين بالعيب قبل العقد ورضي به فلا حق له بعد العقد في الفسخ.

2 - ألا يكون بالزوجة عيب يمنع معاشرتها فلو كانت معيبة فلا حق لها في طلب الفسخ لأن الزوج حينئذ ليس ظالما لها.

3 – عدم الرضا بالعيب بعد العلم به.

4 - أن يكون الفرقة بحكم الحاكم وان تكون بطلبها.

5 ـ أن يكون الزوج بالغا لأن عدم البلوغ يؤثر على المعاشرة الزوجية[2].

المطلب الثاني: نوع الفرقة الواقعة بالخيار:

ذهب المالكية والحنفية إلى أن الفرقة بالعيب طلاق بائن، وهذا يتماشى مع قواعدهم.

[1] ـ أنظر نفس المرجع عنه أنظر الشرح الصغير: ج3، ص1، 2، 210 و المغني: لابن قدامة، ج7، ص112

[2]ـ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص348 و وعاشروهن بالمعروف لدكتور أبو شريع محمد عبد الهادي مكتبة التراث الإسلامي القاهرة ص102 والطلاق أحمد محمود الشافعي ص82.

فالمالكية: إذا كان المختلف فيه (بسبب الفرقة) ولم يوجبه فساد العقد فهو طلاق، وعند الحنفية إن الفرقة إذا كانت من الزوج أو لسبب منه فهي طلاق.

وذهب الشافعية إلى أنه فسÑ للعقد وليس بطلاق[1].

وهذا يتماشى مع قواعدهم، لأن الطلاق ما أوقعه الزوج أو جعل لأحد إيقاعه، وهذا ما نرجحه لأنه المحقق للمصلحة، وحتى تبقى استقلالية الزوج بالطلاق فإن هناك حديثا عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: أَتَى النبي ﷺ رَجُلٌ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ! إِن سَيِّدِي زَوَّجَنِي أَمَتَهُ وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنِي وَبَيْنَهَا. قَالَ فَصَعِدَ رَسُولُ اللهِ ﷺ الْمِنْبَرَ فَقَالَ: «يَا أَيهَا الناسُ مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يُزَوِّجُ عَبْدَهُ أَمَتَهُ ثُم يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا، إِنمَا الطَّلاَقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالساقِ»[2].

والقاضي يؤجل الطلاق عاما من تاريÑ رفع الدعوى من الزوجة إذا كان العيب مما يرجى برÂه كالعنة الخصاء لأن كل منهما مرô يمكن علاجه عن عمر أنه كتب إلى شريح في الرجل إذا لم يصل إلى امرأته أنه يؤجله من يوم تدفع إليه سنة فإن وصل إليها وإلا فرق بين[3].

وأما إذا كان العيب مما لا يرجى برÂه فإنه تفسÑ في الحال ولا يحتاج إلا تعجيل

مÊألة: حكم المهر في حالة فسÑ النكاǳ بالعيب.

إذا فسÑ العقد بسبب عيوب أحد الزوجين فهل يثبت المهر في هذا العقد أو لا ؟

إذا كان الفسÑ قبل الدخول فلا يثبت المهر سواء كان العيب من قبله أو من قبلها، وهذا مذهب الحنابلة والشافعية والمالكية.

ويعللون ذلك، بأن الفسÑ إن كان منها فالفرقة من جهتها فسقط مهرها كما لو فسخه برضاع زوجة له أخرى، وإن كان منه فإنما فسÑ لعيب بها دلسته بالإخفاء، فصار الفسÑ كأنه منها.

وذهب الأحناف إلى أن لها نصف المهر (المسمى) لأن هذه الفرقة فرقة طلاق وقد قال تعالى:

﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ ...﴾[4].

---

[1] - انظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص 344 وعنه أنظر المدونة الكبرى: ج 3، ص115 . فتح القدير: ج4، ص300 الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل: لابن قدامة، ج 2، ص687 ، مغنى المحتاج: ج3، ص205 .

[2] ـ أنظر/ نفس المرجع ومحمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، سنن ابن ماجه: تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، ص672، حد[2081]، كتاب الطلاق، دار الفكر، بيروت. قال الهيثمي: إسناده ضعيف، أنظر/ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: ج4، ص615، حد[7758].

[3] ـ أنظر/ وعاشروهن بالمعروف ص102 و سنن سعيد بن منصور: ج2 ص53 .

[4] ـ سورة البقرة، الآية: 237.

وإذا كان بعد الدخول فلها المهر لأنه يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلا يسقط بعارض بعده ولذا لا يسقط بردتها ولا بفسخ من جهتها "وبه قال الحنابلة والشافعية والحنفية.

ويفرق المالكية بين ما إذا كان العيب من جهته فلها المهر كاملا، وما إذا كان من جهتها فلـها المسمى بسبب الدخول وله الرجوع على من دلس عليه.

واستدلوا بما رواه مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيبِ أَنَّهُ قَالَ: قَـالَ عُمَـرُ بْـنُ الْخَطابِ: « أيمَا رَجُلٍ تَزوجَ امْرَأَةً وَبِهَا جُنونٌ أَوْ جُذَامٌ أَوْ بَرَصٌ فَمَسهَا فَلَهَا صَدَاقُهَا كَـامِلاً وَذَلِـكَ لِزَوْجِهَا غُرْمٌ عَلَى وَلِيِّهَا».

وفي رواية أخرى عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيبِ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطابِ قَالَ: « أَيمَا امْرَأَةٍ غَر بِهَا رَجُلٌ بِهَا جُنونٌ أَوْ جُذَامٌ أَوْ بَرَصٌ فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا وَصَدَاقُ الرجُلِ عَلَى وَلِيِّهَا الذِي غَرهُ»[1].

إلا أنهم يفصلون في ذلك، فإن كان مما يعلمه الولي غرم و إلا فلا، وعليه فيرجع عليها عند مالك ويترك لها قدر ما استحل بها حتى لا تكون كالموهوبة.

والخيار يقضي - فيما نرى – أن لا مهر قبل الدخول ويثبت بعده، ولا رجوع للزوج على أحـد إلا إذا ثبت التغرير بأن كان العيب مما لا يخفى مثله، لأن كثيرا من العيوب لا يطلع عليها أحد، حـتى الزوجة إن كانت بكرا، فقد يخفى عليها بعض العيوب، وإن كانت ثيبا ولا يخف عليها العيب فالرجوع للزوج عليها على أن يترك لها قدرا حتى لا تكون كالموهوبة كما يقول الإمام مالك وهذا مـا تقتضـيه قاعدة " لا ضرر ولا ضرار - والله أعلم - وإن كان العيب مما لا يخفى على الولي فالرجوع عليه[2].

مناقشة قانون الأسرة

✍ عجز أحد الزوجين عن القيام بالواجبات الزوجية.

وذلك لسبب من الأسباب إما لمرض أو عيب[3].

وهنا نجد أن المشرع المالي لم يذكر العيوب التي يستحق بها كل واحد من أن يطلب الطلاق وإنما اكتفى بقوله عجز أحد الزوجين عن القيام بالواجبات الزوجية مما جعل التعميم والغموض في هذه المواد وعليه أن يبين مقصوده من الواجبات الزوجية التي عدم القيام بها يسبب انحلال عقد الزواج وهذا قد يشـمل العيب والمرض كما قلنا وقد يشمل غير هما كعدم الإنفاق عليها أو التزام وجبات الزوجية ولكن وجدنا أنه تكلم عن ذلك في المادة 60؛ وسنعرض ذلك في محله إن شاء الله

---

[1] ـ المعجم الكبير: سليمان بن أحمد أبو القاسم الطبراني، تحقيق، حمدي بن عبد المجيد السـلفي، ج10، ص326، حـد[10802]، ط2، (1404هـ ـ 1983م) مكتبة العلوم والحكم، الموصل.

[2] ـ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص350 وعنه أنظر المغنى المحتاج: ج 3، ص205 . المغنى: ج7، ص113 . الشرح الصغير: ج3، ص270 و فتح القدير: ج4، ص300 و المدونة الكبرى: ج 3، ص62

[3] ـ أنظر/المرسم رقم 17 المتعلق بشأن الزواج والوصاية ص27.

لأن عقد الزواج يتعلق به آثار مادية ومعنوية ولا يقبل التعميم وعليه أن يأخذ من القوانين الدول التي يأخذ قوانينها من الشريعة الإسلامية كالجزائر ومصر والسورية وأن يتق الله في الأسرة المسلمة لأن شعب المالي شعب مسلم حيث يبلغ نسبة المسلمين في الإحصاءات 2006 إلي 90% ويجب حفظ دينهم وأنسابهم كما سبق أن ذكرنا ذلك

ونريد توضيح ذلك فيما يلي:

✍ إصابة أحد الزوجين بمرض تتعذر معه العشرة الزوجية، أو لا يرجى إبرائه.

✍ أنْ يوجد في أحد الزوجين عْيبٌ مشين يمنع العلاقة الزوجية، أو تنفر منه النفسُ.

((العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج أي مما تخول المرأة حق طلب التطليق للعيوب.

فاعتبر القانون، كل العيوب التي تخول دون تحقيق الهدف من الزواج، مما يخول للمرأة حق طلب التطليق. وبذا يكون القانون قد وافق جمهور الفقهاء في تجويزهم حق الخيار بالعيب.

ثم وافق الزهري وابن القيم وبعض الحنابلة في أن العيوب الموجبة للخيار غير محصورة، وإنما كل عيب بالزوج تنفر منه ولا يحصل معه مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار.

وهذا هو الفقه لأنه كما رأينا، لا نستطيع أن يجبر امرأة تحت من به داء الإيدز أو غيره من الأمراض التي لا تستطيع أن تصبر معها بوجه، وأن أي مرض أو عيب تعافه النفس ولا يقبله طبع الإنسان من شأنه أن يؤدي بالحياة الزوجية إلى جحيم لا يطاق، وبالتالي يقضي على الهدف من الزواج من الرحمة والمودة.

والراجح أن الضرر إذا حدث فلا بد من إزالته لأن " الضرر يزال " .

ولا يزال هاهنا إلا بإعطائه حق الخيار، إذا كان العيب قبل العقد، لأنه يدفع مهرا لمن لا يطيق العيش معها بحال، وهو ما دفع المهر إلا ويظنها امرأة سوية يمكنه العيش معها، فإذا تبين أنهم – الزوجة المعيبة وأهلها – قد أغروا به من أجل أن يأخذوا المهر لمن كانت تحمل عيبا يحول دون الهدف من الزواج – فلا شك أنه إضرارا به، ينبغي إزالته ولا يزال هذا الضرر إلا بإعطائه حق الخيار ليتمكن به الرجوع على من أغره بالمهر، وعدم إعطائه هذا الحق لا يزيل هذا الضرر لأن الزوج لا يستطيع أن يعيش معها، وبالتالي فهو مضطر إلى الطلاق، والطلاق لا يرفع عنه الغبن في حالة الإغرار به بالمرأة التي تحمل عيبا تستحيل الحياة معها بسببه. فكان مذهب الجمهور حري بالاعتبار لهذا))[1].

وعليه نقترح على المشرع المالي أن يفصل القول في العيوب التي يسحق بهم كل واحد من الزوجين أن تطلب الطلاق كما رأينا ذلك في الفقه الإسلامي وأن يعتبر رضا كل واحد من الزوجين بالعيب قبل

[1] ـ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص352

العقد وبعده وذلك بإعطاء حق الخيار عند عدم علمه بالعيب قبل العقد وعدم الخيار عند علمه بالعيـب قبل العقد ورضاه بذلك وإذا حدث بعد العقد وللزوجة الخيار دون الزوج.

وأن المهر لا يثبت قبل الدخول.

وأنه يثبت بعد الدخول إن كان العيب من جهته ولا رجوع له على أحد.

وإن كان العيب من جهتها فإن المهر يثبت وللزوج الرجوع على من غرّه به

وهذا التفصيل ضروري ويحتاج إلى إصلاح عاجل.

المبحث الثالث: التطليق لغيبة الزوج وفقدان الزوج.

نص ما جاء في القانون الأسرة المالية

المادة: 40 الرجل المتزوج يفقد صفة رب العائلة في حالة غياب طويل لا مبرر له[1].

المطلب الأول: التعريف بالمفقود الزوج

المفقود هو الغائب الذي لم يدر موضعه ولم يدر أحي هو أم ميت [(2)].

وقد اختلف الفقهاء في جواز التطليق على المفقود إلى قولين:

القول الأول: لا تحل امرأة لمفقود حتى يصح موته وبه يقول الشافعي وأبو حنيفـة والثـوري: وقولهم مروي عن علي وابن مسعود [(3)].

القول الثاني: أن امرأة المفقود لها الحق في طلب التطليق وتتربص أربع سنين وتعتد للوفاة أربعـة أشهر وعشرا وتحل للأزواج وهذا قول مالك وأحمد وإسحاق و الشافعي في القـديم، وهـو مـذهب الجمهور، لأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة وتعذر النفقة بالإعسار فلأن يجوز هنا لتعذر الجميـع أولى واحتجوا بحديث عمر في المفقود مع موافقة الصحابة له وتركهم إنكاره [(4)].

الأدلـة:

وهنا نريد أن نُورِد الأدلة لكلٍّ من الفريقين، وذلك فيما يلي:

أدلة الفريق الأول:

---

[1] أنظر جمهورية مالي قانون الزواج والوصاية ص20

[2] ـ أنظر/ التعريفات: علي بن محمد الجرجاني، تحقيق: إبراهيم الأبياري، ص288، رقم [1443]، ط1 (1405هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت.

[3] ـ أنظر/ الأم: محمد بن إدريس الشافعي، ج7، ص236، ط2 (1393هـ)، دار المعرفة، بيروت.
المبسوط: محمد أبو بكر السرخسي، ج11، ص35، ط(1406هـ)، دار المعرفة، بيروت.

[4] ـ أنظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص356 والمدونة الكبرى: الإمام مالك بن أنس، ج5، ص451، دار صادر، بيروت. الأم: للشافعي، ج: 4 ص: 87 .
الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: أبو الحسن علي المرداوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج9، ص288، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

1 – استدلوا بقول رسول الله ﷺ: « امرأةُ الـمفقودِ امْرَأَتُه، حتـى يَأْتِـيَهَا الْبَـيَانُ » ومـا روى علـي بنُ أبـي طالبٍ رضي الله عنه فـي امرأةِ الـمفقودِ: « امْرَأةٌ ابْتُلِـيَتْ فَلْتَصْبِرْ، لا تُنْكِحْ حتـى يَأْتِـيَهَا يقـينُ مَوْتِهِ»[1].

قال البيهقي: (قال الشافِعِي رَحِمَهُ الله: وبِهَذَا نقولُ) [2].

وقالوا إن امرأة المفقود امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق، وكذالك لا يتحقق معا الظلم من المفقود. وتربص أربع سنين كان يقول به عمر رضي الله تعالى عنه في الابتداء ثم رجع إلى قول علي رضي الله عنه [3].

وقالوا إن امرأة المفقود محصنة فالأصل تحريم نكاحها إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله فلها أن تطلب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه [4].

قالوا لابد من تيقن الموت أو الطلاق لأن عقد النكاح ثابت بيقين، والغيبة في حد ذاتها لا توجب الفرقة والموت مشكوك فيه واليقين لا يزول بالشك [5].

((وإذا لم يكن لها ما ستنفقه وكان إمساكها حينئذ وإلزامها على استمرار نكاح الغائـب فيـه أضرار بها كان ذلك وجها للفسخ وهكذا إذا طالت مدة الغيبة وكانت المرأة تتضـرر بتـرك النكـاح فالفسخ لذلك جائز وإذا جاز الفسخ للعنة فجوازه للغيبة الطويلة أولى لأنه قد علم من نصوص الكتاب والسنة تحريم الإمساك ضرارا والنهي للأزواج عن الضرار في غير موضع فوجب دفع الضرار عن الزوجة بكل ممكن وإذا لم يكن إلا بالفسخ جاز ذلك بل وجب))[6].

أدلة الفريق الثاني:

واستدل الفريق الثاني: بقوله تعالى: ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ (البقرة، الآية: 229)، والمعروف في الإمساك: أن يوفيها حقها من المهر والنفقة فإذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالإحسـان وهو المعا في ذلك فإن المستحق عليه أحد الشيئين وهما الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان فـإذا تعذر الإمساك بالمعروف تعين التسريح بالإحسان [7].

---

[1] ـ انصب الراية: عبد الله أبو محمد الزيلعي، تحقيق: محمد يوسف البنوري، ج3، ص473، حد[1]، طبعة(1357هـ)، دار الحديث، مصـر. قـال الزيلعي: وهذا حديث ضعيف، وقيل هذا حديث منكر، ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث يروي عن المغيرة مناكير وأباطيل.

[2] ـ أنظر/ سنن البيهقي الكبرى: أبو بكر البيهقي، ج6، ص158، حد[11665]، كتاب إحياء الموات. قال في التلخيص: حديث منقطع، انظر/ تلخيص الحبير: أحمد بن حجر العسقلاني، ج3، ص237.

[3] ـ المبسوط: محمد أبو بكر السرخسي، ج11، ص35، ط(1406هـ)، دار المعرفة، بيروت.

[4] ـ أنظر/ الروضة الندية شرح الدرر البهية: محمد بن علي الشوكاني، ج 2، ص 45 .

[5] ـ أنظر/ سبل السلام: الأمير محمد الصنعاني، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، ج3، ص208، ط4(1379هـ)، دار إحيـاء التـراث العربـي، بيروت.

[6] ـ أنظر/ الروضة الندية: ج2 ص45 .

[7] ـ أنظر/ شرح الزرقاني: محمد بن يوسف الزرقاني، ج3، ص281، 282، ط1(1411هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

واستدلوا بحديث عُبَادَةَ بْنِ الصامِتِ أَن رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ »[1].

وقالوا حصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد ولا شك أن انتظار الزوجة مدة الحياة فيه إضرار بما يستوجب إزالته، ولا يتحقق إلا بالتفريق [2].

واستدلوا بما روي عَنْ عُمَرَ رَضي اللهُ عَنْهُ في امْرَأَةِ المَفْقُودِ « تَربصُ أَرْبَعَ سِنِينَ ثُم تَعْتَد أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً » أَخْرَجَهُ مَالِكٌ وَالشافِعِي[3].

واستدلوا بما روي عن عبيد بن عمير قال: « فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال انطلقي فتربصي أربع سنين ففعلت ثم أتته فقال انطلقي فاعتدي أربع أشهر وعشرا ففعلت ، ثم أتته فقال أين ولي هذا الرجل؟ فقال: طلقها ففعل، فقال لها عمر انطلقي فتزوجي من شئت ، فتزوجت، ثم جاء زوجها الأول، فقال عمر: أين كنت؟ قال: يا أمير المؤمنين استهوتني الشياطين فو الله ما أدري في أي أرض الله كنت، كنت عند قوم يستعبدونني حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون فكنت فيما غنموه، فقالوا لي أنت رجل من الإنس وهؤلاء من الجن، فما لك وما لهم ؟ فأخبرتم خبري فقالوا بأي أرض الله تحب أن تصبح؟ قلت المدينة هي أرضي فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرة، فخيره عمر إن شاء امرأته وإن شاء الصداق فاختار الصداق، وقال قد حبلت لا حاجة لي فيها قال أحمد يروي عن عمر من ثلاثة وجوه ولم يعرف في الصحابة له مخالف » [4].

وقد رد بعض أصحاب رأي الجمهور (القول الثاني) للأسباب التالية[5]:

أولاً: الحديث الذي استدل به الفريق الأول لا يصح، وقد قال ابن قدامة فيه فأما الحديث الذي رووه عن النبي صَلى الله عَلَيْهِ وَسَلم أنه قال: « امْرَأَةُ المَفْقُود امْرَأَتُهُ حَتى يَأْتِيَهَا الْبَيانُ » [6]. فلم يثبت ولم يذكره أصحابُ السنن [7].

منار السبيل: إبراهيم بن ضويان، تحقيق، عصام القلعجي، ج2، ص270، ط2 (1405هـ)، دار المعارف، الرياض.

1 ـ أحمد بن حنبل أبو عبد الله ، مسند الإمام أحمد بن حنبل: تحقيق، شعيب الأرنؤوط، ج5، ص326، حد[22830]، حديث عبادة بن الصامت. وانظر/ منار السبيل: إبراهيم بن ضويان، ج2، ص270، ط2 (1405هـ).

2 ـ أنظر/ الفتاوى الكبرى: أحمد بن تيمية، دار المعرفة – بيروت/ط 1386/تحقيق : حسنين محمد مخلوف/ج/5

3 ـ سنن البيهقي الكبرى: للبيهقي، ج7، ص445، حد[15344].

4 ـ مختصر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: محمد ناصر الدين الألباني، ص338، حـد[1709]، ط2 (1405هـ ـ 1985م)، المكتب الإسلامي، بيروت. قال الألباني: صحيح.

5 ـ أنظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص359

6 ـ سنن الدار قطني: علي بن عمر أبو الحسن الدار قطني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، ج3، ص312، حد[255]، دار المعرفة، بيروت، 1386هـ 1966م. قال الزيلعي: هذا حديث منكر ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث يروي عن المغيرة مناكير وأباطيل انتهى. ينظر/ نصب الراية لأحاديث الهداية: عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي، تحقيق : محمد يوسف البنوري، ج3، ص473، دار الحديث، مصر ، طبعة 1357هـ.

7 ـ أنظر/ المغنى: لابن قدامة، ج7، ص10، ط1.

ثانيا: إن قول الإمام علي: « في امرأة المفقود أنا لا تتزوج »[1]؛ فقد جاء في المغني فيما رواه البيهقي عن علي في امرأة المفقود: « تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا » ثم قد يحمل ما رووه على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعا بينه وبين ما رويناه[2].

ثالثا: إن الإمساك بالمعروف لا يتحقق بإرغام الزوجة بالانتظار مدة التعمير وعليه يتعين التفريق بإحسان إذ لا ضرر ولا ضرار؛ وكما يقول ابن قدامه: إن هذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر فكانت إجماعا[3].

والحقيقة إنّ ما يمكن أنْ يُقال هنا هو: إن في هذه المسألة ضررْين تقابلا، أحدهما: أنَّ الفسخ وتسليمَ زوجته إلى غيره إضرارٌ به. والآخر: أن إمساكَها بلا فسخ إضرارٌ بها أيضا، فليس مراعاة مصلحة الزوجة بأولى من مراعاة مصلحة الزوج.

وما أجمل ما قاله الإمام الغزالي حين قال: (إن حكمنا بموته بغير بينة فهو بعيد، إذ لا تُدارس الأخبار أسباب سوى الموت لاسيما في حق الخامل الذكر النازل القدر، وإن فسخنا فالفسخ إنما يثبت بنص أو قياس على منصوص، وللمنصوص أعذار وعيوب من جهة الزوج كأعشار وجُبٍّ وعِنة، فإذا كانت النفقةُ دائمة فغايته الامتناع من الوطء وذلك في الحضرة لا يؤثر، فكذلك في الغيبة، فإن قيل: سبب الفسخ دفع الضرر عنها ورعاية جانبها فيعارضه أن رعاية جانبه أيضا مهم، ودفع الضرر عنه واجب، وفي تسليم زوجته إلى غيره في غيبته ولعله محبوس أو مريض معذور إضرارٌ به، فقد تقابل الضرران، وما مِن ساعةٍ إلا وقدومُ الزوجِ فيها ممكنٌ، فليس تصفو هذه المصلحةُ عن معارض)[4].

تطليق المفقود:

وقد رأينا فيما سبق أن الفقهاء اختلفوا في جواز التطليق على المفقود إلى قولين.

الأول: عدم الجواز قولا واحدا، وقد سبق الحديث عن ذلك.

الثاني: الجواز مع التفصيل: وهو الذي نحاول أن نذكر فيه حالات المفقود مع بيان الحالات التي يجوز فيها التطليق على المفقود والتي لا يجوز فيها التطليق عليه، وذلك فيما يلي:

---

[1] ـ سنن البيهقي الكبرى: للبيهقي، ج7، ص444، حد[15338].

[2] ـ سنن البيهقي الكبرى: للبيهقي، ج7، ص445، حد[15346].

[3] ـ أنظر/ المغنى لابن قدامة، ج7، ص10، ط1.

[4] ـ المستصفى في علم الأصول: أبو حامد محمد الغزالي، تحقيق، محمد عبد السلام عبد الشافي، ج1، ص178، ط1 (1413هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

الأول: وقد روي عن أحمد قوله: وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء وإن طال سفره، وأن المفقود إذا ترك لامرأته نفقة وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر، فإنه قيل له: كم يغيب الرجل عن زوجته ؟ قال: ستة أشهر يكتب إليه فإن أبى أن يرجع فرق الحاكمُ بينهما[1].

وذهب المالكية إلى توقيته بمرور سنة على الأقل حتى يطلق عليه القاضي لتضررها بترك الوطء.

واستدل الحنابلة بما روي عَنِ ابْنِ عُمَرَ قَالَ: خَرَجَ عُمَرُ بْنُ الْخَطابِ ﷺ مِنَ اللَّيلِ، فَسَمِعَ امْرَأَةً تَقُولُ :

تَطَاوَلَ هَذَا اللَّيْلُ وَاسْوَد جَانِبُهُ ... وَأَرقَنِي أَنْ لاَ حَبِيبٌ أُلاَعِبُهُ

فَوَ اللهِ لَوْلاَ اللهُ إِنِّي أُرَاقِبُهُ ... تَحَرك مِنْ هَذَا السرِيرِ جَوَانِبُهُ

فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لِحَفْصَةَ بِنْتِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: كَمْ أَكْثَرُ مَا تَصْبِرُ الْمَرْأَةُ عَنْ زَوْجِهَا؟ فَقَالَتْ: سِتةَ أَوْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ. فَقَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: لاَ أَحْبِسُ الْجَيْشَ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا[2].

وفي رواية أخرى أنه بينما عمر بن الخطاب يحرس المدينة فمر بامرأة في بيتها وهي تقول:

(تطاول هذا الليل واسود جانبه ... وطال عليّ أن لا خليلَ أُلاَعِبُه)

(فو الله لولا خشية الله وحده ... لحرك من هذا السرير جوانُبه)

فسأل عنها عمر فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها فأقفله ثم دخل على حفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة على زوجها؟ فقالت: سبحان الله! مثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتكِ؟ قالت: خمسة أشهر أو ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرا ويقيمون أربعة ويسيرون شهرا راجعين[3].

أن يكون غيبته غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله فلها أن تطلب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه وأجمعوا على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته [4].

الثاني: أن يكون غيبة ظاهرها السلامة كأن يخرج التجارة أو لطلب العلم أو لسياحة وهذا أيضا امرأته لا تتزوج عند الحنابلة وقال المالكية يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم

---

[1] ـ المغني: عبد الله بن قدامة، ج7، ص232.

[2] ـ سنن البيهقي الكبرى: أحمد أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عطا، ج9، ص29، حد[18307]، كتاب السير، باب من استأجر إنسانا للخدمة، ط(1414هـ 1994م)، مكتبة دار الباز، مكة.

[3] ـ انظر/ خلاصة البدر المنير: عمر بن الملقن، تحقيق: حمدي عبد المجيد، ج2، ص228، رقم[2089]، الإيلاء ، ط1(1410هـ)، مكتبة الرشد، الرياض.

[4] ـ أنظر/ المغنى لابن قدامة، ج7، ص10، ط1.

فإذا انتهى الكشف عن حياته ولم يعثر له خبر اعتدت بعد الأجل المضروب من الحاكم عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام [1].

الثالث: أن يكون غيبة ظاهرها الهلاك كأن يخرج إلى الصلاة فلا يرجع أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع فلا يظهر له خبر أو يفقد بين الصفين أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفقته فهذا ينتظر به أربع سنين فإن لم يظهر له خبرٌ قُسّم مالُه واعتدتْ امرأته عدةَ الوفاة، وحلت للأزواج، وهذا عند الحنابلة والمالكية[2]، غير أن المالكية قالوا: وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله غالبا فقيل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة [3].

ثل يشɵرr̂ الرʒ إБ اΣاŌﻠ لR̂رب المÆة

وفى ذلك روايتان عند الحنابلة:

الأول: يعتبر ابتدائها من حين ضربها الحاكم لأنها مدة مختلف فيها، فافتقرت إلى ضرب الحاكم كمدة العنة.

والثاني: من حين انقطع خبرُه وبعد أثره لأن هذا ظاهر في موته فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان[4].

وأما المالكية قالوا: فلو أن المرأة أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها إلى الحاكم نظر فيها وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه فإن يئس منه ضرب لها من تلك الساعة أربع سنين.وقد وافقهم الحنابلة في إحدى الروايتين [5].

ما اΣÓﻠ إæا ŏاǱ المفقود بعÆ أن Âkو ǱŘ امرأkčÝ

وذهب الْمَالكية إلى أن زوجها الأول أحق بِها ما لم يدخل بها زوجها الثاني. وإن نكحت بعد العدة ودخل بها فلا سبيل له عليها [6].

وذهب الحنابلة إلى أن امرأة المفقود امرأته قبل الدخول وبعد الدخول خير بين امرأته وبين الصداق [7].

---

1 ـ أنظر المرجع نفسه.
2 ـ أنظر المرجع نفسه.
3 ـ أنظر/ بداية المجتهد: محمد أبو الوليد بن رشد، ج2، ص39 .
4 ـ أنظر/ المغني: ابن قدامة، ج8، ص108.
5 ـ أنظر/ المدونة الكبرى: للإمام مالك، ج5، ص450،
6 ـ أنظر/ المرجع نفسه، ج5، ص449.
7 ـ أنظر/ المغنى: ج8، ص107، 109.

أما الشافعي رحمه الله فيذهب إلى أنا تبقى امرأة المفقود ولو ولدت الأولاد من الثاني، حتى لو أنه مات، وهي عند الثاني اعتدت عدة الوفاة، هذا لأنه يرى أن امرأة المفقود تبقى امرأته حتى يأتيها البيـان بموته أو طلاقه[1].

واستدلوا كذلك بما روي عن علي رضي الله عنه في امرأة المفقود إذا قدم وقد تزوجت امرأته هي امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك ولا تخير [2].

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للفرقة

يرى المالكية أن الفرقة تقع طلاقا بائنا، لأنه بإمكان الزوجين أن يقيما على هذه الحياة الزوجيـة وما كان كذلك فهو طلاق وكونه بائنا لأنه اشتهر عند المالكية أن كل طلاق يوقعه القاضي فهو بائن ما عدا الطلاق بالإيلاء والإعسار بالنفقة[3].

أما الحنابلة فيرونه فسخا، لأن الطلاق عندهم ما تكلم به الرجل وهذه فرقة لاختيار المرأة فكانت فسخا[4].

((والذي نراه – والله أعلم- أن مذهب الحنابلة هو الراجح لأن الزوج لم يطلق وقد جعـل الله الطلاق بيده، ثم إن الزوج إذا حضر من غيبته أو خرج من سجنه بعد أن طلقت زوجته فنرى أن يكون للزوج حق المراجعة ما دامت المرأة في عدتا لأن هذا التفريق إنما وقع لرفع الضرر وبحضوره يرتفع هـذا الضرر وبعبارة أدق كما يقول علي حسب الله: « ونرى هنا ما رأيناه في التفريق لعدم الإنفاق أن يكون للزوج حق المعارضة في الحكم بالفسخ إذا حضر وعارض وفصل القاضي في معارضته قبل انتهاء العدة، وإلا لم يكن له أن يستردها إلا بعقد ومهر جديدين »؛ وننبه هنا إلى أن الشافعي رحمه الله يرى أنا تبقى امرأته ولو تزوجت بل حتى لو مات، وهي زوجة للثاني اعتدت عدة الوفاة كما مر بنا آنفا))[5].

مناقشة قانون الأسرة المالي

المادة: 40 الرجل المتزوج يفقد صفة رب العائلة في حالة غياب طويل لا مبرر له.

ونجد هنا أن المشرع المالي يقول أن الرجل المتزوج يفقد صفة رب العائلة فى حالة غياب طويل لا مبرر له من غير التوضيح حال غياب الزوج إذا طال غيابه بدون أي مبرر، وعُلِم حالُه وموطِنُه أو طـال

[1] ـ انظر/ الأم: الإمام الشافعي، ج5، ص255-257 .
[2] ـ أنظر المرجع نفسه، ج5، ص241.
[3] ـ انظر/ الفواكه الدواني: ج2، ص78 .
[4] ـ انظر/ المغني: ج7، ص118 .
[5] ـ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري فى ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص365 وعنه أنظر الأم للشافعي 257/5،255

غيابه بدون أي مبرر، ولم يُعلمُ حالُه ولا مكان وجوده ولم يذكر مدة معية فى ذلك ومع أن ظاهرة غياب الزوج عن زوجته في جمهورية مالي ظاهرة واقعية حيث نرى كل يوم من الشبان من يخرج إلى بلدا أخرى لطلب المال ومنهم من يعرف له مكانا ومن لا يعرف له مكانا وغالبهم يخرجون بعد الزواج ويتركون زوجاتهم سنوات كثيرة وإن كان أغلبهم يتركون الزوجة في أهله وينفق عليها إلا أنه قد يطول غيبته وتتضرر الزوجة من طول الغياب.

وعليه نقترح على المشرع المالي ما يلي:

1 - حق طلب التطليق للمرأة بغياب الزوج أكثر من سنة إن لم يتركها في كفاية من النفقة، وتضررت بترك الوطء وخشيت على نفسها الزنا ويعلم هذا من جهتها ويتأكد بيمينها، وإن كانت غيبته بدون عذر.

2 - فإن غاب بعذر فلها طلب التفريق بعد مضي ثلاث سنوات إن تركها في كفاية من النفقة وخشيت الزنا بعد مضي الثلاث سنين.

3 - طلب التطليق لغيبة الزوج، حق المرأة، فلا يحكم به إلا إذا طلبته الزوجة بنفسها.

4- لابد من اعتبار القاضي للأحوال والظروف التي تحيط بغيبة الزوج، وتطليق زوجته.

5 - إذا جاء الغائب بعد الحكم بتطليق زوجته فهي امرأته ما لم تتزوج. فإن تزوجت، فهي امرأته قبل أن يدخل بها الثاني.

فإن دخل بها الثاني فهي له، وللغائب أن يعود على الثاني بالصداق، إن كان زواج الثاني صحيحا.

فإن كان فاسدا كأن تزوجها قبل انتهاء العدة – الأربعة أشهر وعشرا بعد الأربع سنين- فهي امرأة الأول ولو ولدت الأولاد مع الثاني.

التطليق للحكم بعقوبة

عرض ما جاء فى قانون الأسرة المالي

المادة: 69 حين طلب الطلاق بسبب صدور الحكم على أحد الزوجين بعقوبة جسدية مشينة لا يقضى من الشكليات غير إرفاق الطلب بنسخة حسب الأصول عن الحكم المذكور مع إفادة من كاتب

قلم المحكمة تفيد أن الحكم غير قابل للنقض بالطرق القانونية المعتادة وينبغي لإفادة كاتب قلم المحكمة أن تحمل مصادقة المدعي العام أو المدعي العام الأول[1].

والزوج الذي حكم عليه بالسجن ثلاث سنين فأكثر يساوى الغائب الذى طالت غيبتـه سـنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده عنها كما يساوى الأسير في ذلك فيجوز لزوجته طلب التطليق علية بعد سنة من سجنه إذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير لأن المناط فى ذلك هو تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهرا عنه بدليل النص على أن زوجة الأسير لهـا حق طلب التطليق إذا تضررت من بعد زوجها عنها.

وذهب المالكية إلى جواز التطليق على الغائب الذي يترك لزوجته ما تنفق منه على نفسـها إذا طالت غيبته سنة فأكثر وتضررت الزوجة من بعده عنها بعد أن يضرب له أجل ويعذر إليه بأنه إمـا أن يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها وإلا طلقها القاضي وهذا إذا أمكن وصول الرسائل إليه وإلا فيطلق عليه القاضي بلا ضرب أجل ولا إعذار[2].

وقال: الإمام ابن تيمية إلى أن ((القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت الفرقة كالقول في امرأة المفقود)).

شروط التطليق للحبس بعقوبة

1 - أن تكون مدة العقوبة ثلاث سنين فأكثر.

2 – أن يكون الحكم نهائيا أو صار نهائيا باستنفاذ طرق الطعن فيه أو بفوات مواعيدها أمـا إن كان مطعونا عليه أولم يصبح نهائيا بعد فلا يقبل طلب التطليق.

3 – أن تمضي سنة من تاريخ حبس الزوج وتنفيذه الحكم فعلا وليس من تاريخ صدور الحكم أو صيرورته نهائيا فإن لم تمض سنة على تاريخ الحبس أو كان الزوج المحكوم عليه هاربا ولم ينفذ العقوبة فلا تتوافر شروط التطليق للحبس[3].

مناقشة قانون الأسرة الحالي

المادة: 69 حين طلب الطلاق بسبب صدور الحكم على أحد الزوجين بعقوبة جسدية مشينة لا يقتضى من الشكليات غير إرفاق الطلب بنسخة حسب الأصول عن الحكم المذكور مع إفادة من كاتب

---

[1] ـ أنظر/المرسم رقم 17 المتعلق بشأن الزواج والوصاية ص30.

[2] - أ نظر حاشية العدوي على الخرشي 94/4 وأحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون ص416 والوجيز فى شرح قانون الأسرة الجزائري: لبلحاج العربي ط ديوان المطبوعات الجامعية.

[3] ـ أنظر وأحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون ص425 والوجيز فى شرح قانون الأسرة الجزائري: لبلحاج العربي ص194 ط ديوان المطبوعات الجامعية.

قلم المحكمة تفيد أن الحكم غير قابل للنقض بالطرق القانونية المعتادة وينبغي لإفادة كاتب قلم المحكمة أن تحمل مصادقة المدعي العام أو المدعي العام الأول[1].

نجد المشرع المالي اقتصر بتثبت الحكم على أحد الزوجين وبدون نقض قانوني لم يحدد ذلك بأي وقت كما رأينا ذلك فى الفقه الإسلامي بأن تكون المدة أكثر من ثلاث سنين لا يحقق طلب التطليق إلا بعد سنة من تاريخ تنفيذ الحكم.

[1] أنظر جمهورية مالي قانون الزواج والوصاية ص30.

الفصل الثالث

أسباب إرادية

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التطليق بسبب الشقاق

المبحث الثاني: الخلع

المبحث الثالث: إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة

المبحث الأول: التطليق بسبب الشقاق[1]

وهذا المبحث نبين فيها أسباب انحلال الربطة الزوجية بإرادة أحد الزوجين أو بتراضي بين الزوجين وذلك في مطلبين، المطلب الأول في النشوز، والثاني في النفور المتبادل بين الزوجين.

الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعداها إلى ما خلق الله بينهما من ذرية وإلى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة وإذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها﴾[2].

عرض ما جاء في قانون مالي

ونص المشرع المالي على التطليق بسبب الضرر في المادة: 75 بقوله إذا جاء طلب الطلاق بسبب شطط أو سوء معاملة أو إهانات خطيرة حق للقاضي أن لا يحكم بالطلاق فورا حتى ولو ثبت ذلك وفي هذه الحالة يسمح القاضي للزوجة قبل الفصل في القضية بترك زوجها ويحللها من وجوب استقباله إن لم تكن لديها رغبة في ذلك ويحكم على الزوج بان يقدم معاشا يتناسب مع موارده إن لم يكن لدى الزوجة من الموارد ما يؤمن حاجاتها[3].

ويقول في المادة:81 المرأة التي كسبت دعوى الطلاق تحتفظ بجميع الفوائد التي كان زوجها قدمها لها، وإذا صدر حكم الطلاق في صالح الزوج حق له أن يطلب استرداد جميع الفوائد التي كان قد قدمها لزوجته[4].

---

[1] ملاحظة هذا الفصل مأخوذ من رسالة الدكتورمصري مبروك ومن أراد أتوسع فعليه به من ص 252 إلى 385

[2] أنظر أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ص429

[3] أنظر جمهورية المالي، قانون الزواج والوصاية ص32.

[4] أنظر المرجع نفسه

المطÆ الأول: النشوز

النشوز: في اللغة: الْمَتْنُ المرتفعُ من الأرô وهو أيضاً ما ارتفع عن الوادي إلى الأرô [1].

وَنَشَزَت المرأةُ بزوجها وعلى زوجها وهي ناشِزٌ ارتفعت عليه واستعصت عليه وأبغضته وخرجت عن طاعته. وَنَشَزَ هو عليها ُنشُوزاً، أو نشز بَعْلُها عليها إذا ضربا وجفاها[2].

النشوز في الاصطلاǅ: يكون بين الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه.لأنـه قـد يكون من قبل المرأة لقولـه تعـالى: ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا ﴾[3].

وقد يكون من قبل الرجل لقوله تعالى: ﴿ وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا .. ﴾[4].

أنواţ النشوز

الأول: نشوز الÂوǇلة

يقـول الله تعـالى: ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا ﴾[5].

قال بعض أهل التأويل: معناه اللاŹ تعلمون نشوزهن وصرف الظـن إلى العلـم لتقـارب معنييهما إذ كان الظن شكا وكان الخوف مقرونا برجاء وكانا جميعا من فعل المرء بقلبه.

وقال بعضهم: معا الخوف في هذا الموضع: الخوف الذي هو خلاف الرجاء.

وقالوا ومعا ذلك إذا رأيتم منهن، ما تخافون أن ينشزن عليكم من نظر إلى ما لا ينبغي لهـن أن ينظرن إليه، ويدخلن وƸرجن واستربتم بأمرهن فعظوهن واهجروهن.

وعن ابن عباسرضي الله عنه في قوله تعالى: ﴿ ووَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ ﴾[6]. وهو تلـك المـرأة تنشز وتستخف بحق زوجها ولا تطيع أمره[7].

---

1 ـ أنظر/ تحرير ألفاظ التنبيه: يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عبد الغني الدقر، ج1، ص259، ط1(1408هـ)، دار القلم، دمشق.
2 ـ **أنيƩ الفقهاء**: قاسم بن عبد الله القونوي، تحقيق: أحمد عبد الرزاق الكبيسي، ج1، ص162، ط1(1406هـ)، دار الوفاء، جدة.
3 ـ **سورة النساء**، الآية: 34.
4 ـ **سورة النساء**، الآية: 128.
5 ـ **سورة النساء**، الآية: 34.
6 ـ **سورة النساء**، الآية: 34.
7 ـ **تفسير الطبري**: محمد بن جرير الطبري، ج5، ص62، طبعة (1405هـ)، دار الفكر، بيروت.

وقال: ابن تيمية في قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ ﴾[1]. هو أن تنشـز عـن زوجها فتنفر عنه بحيث لا تطيعه إذا دعاها للفراش أو تخرج من منزله بغير إذنه ونحو ذلك مما فيه امتناع عما يجب عليها من طاعته[2].

وقد أوجب الله طاعة الزوج على زوجته بالمعروف إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق. وذا تعالت الزوجة عما أوجب الله عليها من طاعته.

وقد قدم الشارع الحكيم العلاج الشافي لنشوز الزوجة حرصا منه علـى أن تسـتمر الحيـاة الزوجية على أصله وهو المودة ورحمة ولاحترام فمتى ظهرت من المرأة أمارات النشوز مثل أن تتثاقل وتدافع إذا دعاها ولا تصير إليه إلا بكره ودمدمة فإنه يعظها فيخوفها الله سبحانه ويذكر ما أوجـب الله له عليها من الحق والطاعة وما يلحقها من الإثم بالمخالفة والمعصية وما يسقط بذلك من حقوقهـا من النفقة والكسوة وما يباح له من ضربها وهجرها[3]، لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ﴾[4]. فالوعظ أولا، وإذا نفع الوعظ فلا سبيل له إلى غيره مِن هجرٍ وضـربٍ لقولـه تعالى: ﴿ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًا ﴾[5].

وقال الإمام الشافعي: وإذا رجعتِ الناشز عن النشوز، لم يكن لزوجها هجرتا ولا ضـربا، لأنه إنما أبيحا له بالنشوز، فإذا أزالَتْهُ فقد أزالتِ المعنى الذي أبيحا له به[6].

وإذا لم ينفع الوعظ والإرشاد فأظهرت النشوز وهي أن تعصيه وتمتنع من فراشه أو تخرج من منزله بغير إذنه فله أن يهجرها في المضجع لقوله تعالى: ﴿ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ ﴾[7].

قال ابن عباس: لا تضاجعها في فراشك فأما الهجران في الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: « لاَ يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلاَثَةِ أَيامٍ »[8].

ويقول الصاوي الفقيه المالكي: « واعلم أن الهجر والضرب لا يسوغ فعلهما إلا إذا تحقق النشوز، ويزاد في الضرب ظن الإفادة، وأما الوعظ فلا يشترط فيه تحقق النشوز ولا ظن الإفادة ».

والترتيب (الوعظ فالهجر فالضرب) لازم وضروري بل هناك من قال بوجوبه[1].

---

1 ـ **سورة النساء**، الآية: 34.

2 ـ **مجموعة الفتاوى**: أحمد بن عبد الحليم بن تيمية أبو العباس، ج 14، ص 211 .

3 ـ **المغني**: لابن قدامة، ج 8، ص 163.

4 ـ **سورة النساء**، الآية: 34.

5 ـ **سورة النساء**، الآية: 34.

6 ـ **الأم**: الإمام الشافعي، ج5، ص112.

7 ـ **سورة النساء**، الآية: 34.

8 ـ انظر/ **صحيح مسلم**: الإمام مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج4، ص1984، دار إحياء التراث العربي، بيروت. **المغني**: لابن قدامة، ج8، ص 163.

وقال الإمام الشافعي رحمه الله في وقد يحتمل قولـه: ﴿ وَٱلَّـٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ ﴾[2]. إذا نشزن فخفتم لجاجتهن في النشوز أن يكون لكم جمع العظة والهجرة والضرب (قال): وإذا رجعت الناشز عن النشوز لم يكن لزوجها هجرتا ولا ضربا لأنه إنما أبيحا له بالنشوز فإذا أزالته فقد أزالت المعا الذي أبيحا له به، وأن العظة مباحة قبل الفعل المكروه إذا رئيت أسبابه وأن العظة غير محرمة من المرء لأخيه فكيف لامرأته ؟ والهجرة لا تكون إلا بما يحل به الهجرة لأن الهجرة محرمة في غـير هـذا الموضع فوق ثلاث والضرب لا يكون إلا ببيان الفعل فالآية في العظة والهجرة والضرب علـى بيـان الفعل تدل على أن حالات المرأة في اختلاف ما تعاتب فيه وتعاقب من العظة والهجرة والضرب[3].

وليـس المقصد هنا مـن الضرب، أن يكون الرجل جلادا في بيته بحجة الطاعة، وإنما يضرب ضربا غير مبرح إن ظن الإفادة ، كيف؟ وقد قال ﷺ: « لاَ تَضْرِبُوا إِمَاءَ اللهِ ». قَالَ: فَذَئِرَ النِّسَـاءُ وَسَاءَتْ أَخْلاَقُهُن عَلَى أَزْوَاجِهِن فَقَالَ عُمَرُ ﵁: يَا رَسُولَ اللهِ! ذَئِرَ النِّسَاءُ وَسَاءَتْ أَخْلاَقُهُن عَلَـى أَزْوَاجِهِن مُنْذُ نَهَيتَ عَنْ ضَرْبِهِن، قَالَ النبِي ﷺ: « فَاضْرِبُوهُن ». قَالَ فَضَرَبَ الناسُ نِسَاءَهُمْ تِلْـكَ اللَّيْلَةَ قَالَ: فَأَتى نِسَاءٌ كَثِيرٌ يَشْتَكِينَ الضرْبَ فَقَالَ النبِي ﷺ حِينَ أَصْبَحَ :« لَقَدْ أَطَافَ بِـآلِ مُحَمـدٍ اللَّيْلَةَ سَبْعُونَ امْرَأَةً كُلُّهُن يَشْتَكِينَ الضرْبَ، وَايْمُ اللهِ لاَ تَجِدُونَ أُولَئِكَ خِيَارَكُمْ »[4].

إذن فلا بد: أن يكون المقصد من الضرب، الإصلاح وتأديب الزوجة، وليـس الانتقام منها أو التعبير عن كراهيته لها.

وكما يقول أ. فتحي الدريني بحق: « إن الغاية من التأديب هو تهذيب الزوجة، وحملها علـى الطاعة، وإصلاح نشوزها؛ فولاية التأديب، وضعها الشارع حقا في يد الزوج، ليستهدف باستعماله حق التأديـب هذه الغاية، فإذا ابتغى بفعله غير ذلك، أصبح فعله تعسفيا غير مشـروع، لانحرافـه بهذا الحق عن الغاية التي شرع من أجلها وذلك يريد به الانتقام، أو التعبير عن كراهيته أو يريـد بـه الحمل على معصية، أو إكراه الزوجة على إنفاق مالها في وجه لا تراه ... وهكذا ينص الفقهاء على أن الحق وسيلة شرعت لغاية معينة، فلا يجوز استعمالها في غير غايتها أي لتحقـق مصـلحة غـير

[1] ـ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص257 وعنه أنظر أسهل المدارك 131/2 ، وانظر السنن الكبرى للبيهقي 303/7 .

[2] ـ **سورة النساء**، الآية: 34.

[3] ـ أنظر/ **الأم**: للشافعي، ج5، ص 162.

[4] ـ **صحيح ابن حبان**: محمد بن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج9، ص499، حد[4189]، ذكر الزجر عن ضرب النساء إلا عند الحاجة إلى أدبهن، ط2(1414هـ 1993م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.

مشروعة، لأن ذلك يناقض الشارع من تشريعـه هذا الحق، ومناقضة الشرع باطلة، فما يؤدي إليها باطل ولا نعني بالتعسف إلا هذا »[1].

يقول ابن كثير في قوله تعالى اختتاما لآية الكريمة: ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾[2]. إذا أطاعت المرأة زوجها في جميع ما يريده منها مما أباحه الله له منها فلا سبيل له عليها بعـد ذلك وليس له ضربها ولا هجرانها وقوله:﴿ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴾[3].تهديد للرجال إذا بغوا على النساء من غير سبب فإن الله العلي الكبير وليهن وهو ينتقم ممن ظلمهن وبغى عليهن[4].

وقد أوصى الرسول الله ﷺ في خطبته في حجة الوداع الرجال بالوفاء والنساء بالطاعة مع بيان حق كل واحد اتجه الأخر وقال:

اتقُوا اللهَ عَز وَجَل فِي النِّسَاءِ فَإِنهُن عِنْدَكُمْ عَوَانٍ لاَ يَمْلِكْنَ لأَنفُسِهِن شَيْئاً وَإِن لَهُن عَلَيْكُمْ وَلَكُمْ عَلَيْهِن حَقّاً أَنْ لاَ يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ أَحَداً غَيْرَكُمْ وَلاَ يَأْذَن فِي بُيُوتِكُمْ لأَحَدٍ تَكْرَهُونَهُ فَإِنْ خِفْتُمْ نُشُوزَهُن فَعِظُوهُن وَاهْجُرُوهُن فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُن ضَرْباً غَيْرَ مُبَرِّحٍ » قَالَ حُمَيْدٌ قُلْتُ لِلْحَسَنِ مَا الْمُبَرِّحُ قَالَ الْمُؤَثِّرُ « وَلَهُن رِزْقُهُن وَكِسْوَتُهُن بِالْمَعْرُوفِ وَإِنمَا أَخَذْتُمُوهُن بِأَمَانَةِ اللهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُن بِكَلِمَةِ اللهِ عَز وَجَل أَلاَ وَمَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنِ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا - وَبَسَطَ يَدَيْهِ فَقَالَ - أَلاَ هَلْ بَلغْتُ أَلاَ هَلْ بَلغْتُ أَلاَ هَلْ بَلغْتُ - ثُم قَالَ - لِيُبَلِّغِ الشاهِدُ الْغَائِبَ فَإِنهُ رُب مُبَلَّـغٍ أَسْعَدُ مِنْ سَامِعٍ ». قَالَ حُمَيْدٌ قَالَ الْحَسَنُ حِينَ بَلَغَ هَذِهِ الْكَلِمَةَ قَدْ وَاللهِ بَلغُوا أَقْوَاماً كَانُوا أَسْـعَدَ بِهِ[5].

فمـن أدرك هذا الحق بحدوده، كما شرعه الشارع الحكيم وكما بينه العلماء، يدرك مدى العناية التي أحاطها الله سبحانه وتعالى بالحياة الزوجية، ومدى حرصه على تماسكها وعدم انحلالها أو انصرامهـا، ومن أدرك هذا كان عليه أن يلتزم الاستقامة وألا يتعدى حدود الله ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه.

ثانيا: نشوز الزوج

وقد يكون النشوز من الزوج أيضا، فيميل إلى امرأة أخرى ويترك الأولى، وقد يضر بها كـأن يمنعها النفقة أو القسم في المبيت، أو يضربها عن غير مبرر، وقد رأينا في ما سبق أن الشارع الحكـيم أوجب طاعة الزوج على زوجته بالمعروف فإذا أطاعت المرأة زوجها مما أوجب الله عليها فلا سبيل له

---

[1] ـ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص258 عنه أنظر نظرية التعسف في استعمال الحق: ص 255 ، 256 .

[2] ـ سورة النساء، الآية: 34.

[3] ـ سورة النساء، الآية: 34.

[4] ـ تفسير ابن كثير: ج1 ص653.

[5] ـ صحيح مسلم: ج2، ص890 . مسند أحمد بن حنبل: ج 5، ص 72 حد(20714).

عليها بعد ذلك وليس له الإضرار بها بل يلزمه أن يوفيها حقها من المهر والنفقة وحسن المعاشرة ويحرم عليه هجرانا وضربا وعدم حسن معاشرتا من غير نشوز وإذا عجز عن ذلك تعين عليه التسريح بالإحسان وإذا لم يفعل وللمرأة أن تطالب بحقها ولها أن تصبر على ما تراه من الأثرة وتتنازل عن بعض حقوقها، ولها أن تطلب التطليق.

وقد قال بن كثير في تفسير قوله تعالى: ﴿ وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا .. ﴾[1]. أن المرء إذا نشز عن امرأته وآثر عليها فإن من الحق أن يعرض عليها أن يطلقها أو تستقر عنده على ما كانت من أثرة في القسم من ماله ونفسه صلح له ذلك وكان صلحها عليه[2].

وقد روي عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ وَأُحْضِرَتِ ٱلْأَنفُسُ ٱلشُّحَّ ۚ وَإِن تُحْسِنُوا۟ وَتَتَّقُوا۟ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾[3]. يعني التخيير أن تخير الزوج لها بين الإقامة والفراق خير من تمادي الزوج على أثرة غيرها عليها والظاهر من الآية أن صلحهما على ترك بعض حقها للزوج وقبول الزوج ذلك خير من المفارقة بالكلية كما أمسك النبي صلى الله عليه وسلم سودة بنت زمعة على أن تركت يومها لعائشة رضي الله عنها ولم يفارقها بل تركها من جملة نسائه وفعله ذلك لتتأسى به أمته في مشروعية ذلك وجوازه فهو أفضل في حقه عليه الصلاة والسلام ولما كان الوفاق أحب إلى الله من الفراق[4] قال: ﴿ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾[5].

وقد روي عَنْ عَائِشَةَ رضي الله عنها في قوله تعالى: (وَإِن امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا) قَالَتْ هِيَ الْمَرْأَةُ تَكُونُ عِنْدَ الرجُلِ لاَ يَسْتَكْثِرُ مِنْهَا فَيُرِيدُ طَلاَقَهَا وَيَتَزَوجُ غَيْرَهَا تَقُولُ لَهُ أَمْسِكْنِي وَلاَ تُطَلِّقْنِي ثُم تَزَوجْ غَيْرِي فَأَنتَ فِي حِلٍّ مِنَ النفَقَةِ عَلَى وَالْقِسْمَةِ لِي فَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى (فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَصالَحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصلْحُ خَيْرٌ)[6].

وجاء في المدونة الكبرى: « قال سحنون ألا ترى أن يونس بن يزيد ذكر عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار، أن السنة في الآية التي ذكر الله فيها نشوز المرء وإعراضه عن المرأة، أن المرء إذا نشز عن امرأته أو أعرض عنها، فإن عليه من الحق أن يعرض عليها أن يطلقها أو تستقر عنده على ما رأت من الأثرة في القسم من نفسه وماله، فإن استقرت عنده على ذلك وكرهت

1 ـ **سورة النساء**، الآية: 128.
2 ـ **تفسير ابن كثير**: أبو الفداء ابن كثير، ج1 ، ص747 .
3 ـ **سورة النساء**، الآية: 128.
4- أنظر/ تفسير ابن كثير: القاضي ابن كثير، ج1 ، ص747
5 ـ **سورة النساء**، الآية: 128.
6- أنظر/ **صحيح البخاري**: الإمام البخاري، ج5 ص 1998 .

أن يطلقها فلا جناح عليه فيما آثر عليها به من ذلك، وإن لم يعرض عليها الطلاق وصالحها على أن يعطيها من ماله ما ترضى به وتقر عنده على تلك الأثرة في القسم من ماله ونفسه صلح ذلك وجاز صلحها عليه، وذلك الصلح الذي[1] قال الله تعالى:﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ وَأُحۡضِرَتِ ٱلۡأَنفُسُ ٱلشُّحَّۚ وَإِن تُحۡسِنُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٗا ﴾[2].

وقد روى عن رافع بن خديج أنه تزوج بنت محمد بن مسلمة الأنصارية فكانت عنده حتى كبرت فتزوج عليها فتاة شابة فآثر الشابة عليها فناشدته الطلاق فطلقها واحدة ثم أمهلها حتى إذا حل راجعها ثم عاد فآخر الشابة عليها فناشدته الطلاق فطلقها واحدة ثم راجعها فآثر الشابة عليها فناشدته الطلاق فقال: ما شئت إنما بقيت واحدة فإن شئت استقررت على ما ترين من الأثرة وإن شئت فارقتك قالت: بل أستقر على الأثرة فأمسكها على ذلك ولم ير رافع إثما حين قرت عنده على الأثرة[3].

وقال ابن عبد البر في الاستذكار في قصة رافع: فآثر الشابة عليها يريد الميل بنفسه إليها والنشاط لها لا أنه أثره عليها في مطعم وملبس ومبيت لأن هذا لا ينبغي أن يظن بمثل رافع، ألا ترى أن رسول الله ﷺ قال: « مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ فَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ ».[4].

وقال ابن تيمية في الفتاوى العدل مأمور به مادامت زوجة فإن أراد أن يطلق إحداهما فله ذلك فإن اصطلح هو والتي يريد طلاقها على أن تقيم عنده بلا قسم وهي راضية بذلك جاز كما قال تعالى وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير[5].

وبالاستقراء في النصوص الواردة في نشوز الزوج نجد أن الزوج مأمور بالعدل فيما يملك من النفقة والقسم في المبيت وحسن المعاشرة وليس له أن يؤثر الشابة على العجوز ولا العجوز على

---

[1] ـ انظر/ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص260 والمدونة الكبرى: ج5، ص335.

[2] ـ سورة النساء، الآية: 128.

3 ـ انظر/ تفسير القرطبي: محمد القرطبي، ج5 ص 383.

[4] ـ شرح الزرقاني: محمد عبد الباقي الزرقاني، ج3، ص214، وانظر/ سنن البيهقي الكبرى: أبو بكر البيهقي، ج7، ص297، حد[14515]، باب الرجل لا يفارق التي رغب عنها ولا يعدل لها.

[5] ـ أنظر/ مجموع الفتاوى: لابن تيمية ج32، ص 270.

الشابة إلا برضا منها كأن تخاف منه نشوزا وتطلب منه الصلح وذلك بسقوط بعض حقوقها وعلى الزوج أن يقبل الصلح لقوله ﷺ: « فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنِتي فَلْيسَ مِني »[1].

المطلب الثاني: النفور المتبادل بين الزوجين

فإذا دب الخلاف ما بين الزوجين، حتى لا يستطاع معرفة الظالم من المظلوم وجهل المعتدي: بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها فنظرا بينهما وفعلا ما يريان المصلحة فيه من جمع أو تفريق[2] لقوله تعالى: ﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا ﴾ [3].

1 - بعث الحكمين

اتفق العلماء على جواز بعث الْحكمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالُهما في التشاجر: أعني المحق من المبطل لقوله تعالى: ﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا ﴾ [4].

لكنهم اختلفوا في المخاطب ببعث الحكمين (فابعثوا حكما من أهله ...) الآية.

فقال الجمهور من العلماء على أن المخاطب بقوله: ﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ ﴾ الحكام والأمراء وأن قوله: ﴿ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآ ﴾ يعني الحكمين في قول ابن عباس و مجاهد وغيرهما أي إن يرد الحكمان إصلاحا يوفق الله بين الزوجين وقيل: المراد الزوجان أي إن يرد الزوجان إصلاحا وصدقا فيما أخبر به الحكمين ﴿ يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآ ﴾[5].

وما نراه هنا أن الخطاب في قوله تعالى: ﴿ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآ ﴾ موجه إلى الزوجين لأن الأصل في الحكمان الإصلاح ومهمتهما بذل الجهد ما أمكن من أجل الإصلاح بين الزوجين ولذلك يشترط فيهما العدالة وحسن النظر والبصر بالفقه وإذا قلنا أن الضمير في قوله تعالى: ﴿ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآ ﴾ موجه إلى الحكمين وقد قلنا بعدم إصلاحهما [illegible] لأن

---

[1] ـ **صحيح مسلم**: ج2، ص1020، حد[1401]، النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه..

[2] ـ أنظر/ **المغني**: لابن قدامة، ج، 8، ص167.

[3] ـ سورة النساء الآية 35.

[4] ـ سورة النساء الآية 35.

[5] ـ أنظر/ **تفسير القرطبي**: ج، 5، ص،167 .

إن هنا تفيد الشرطية وهما يشترط فيهما الإصلاح قبل الإرسال ألا ترى أنه إذا لم يوجد في أهل الزوجين من يصلح لذلك أرسل غيرهم والله أعلم.

2 - شروط الحكمين

يشترط في الحكمين ما يلي:

الذكورة والرشد، والعدالة والإسلام، ومعرفة وجه الحكم الشرعي في ذلك وأن يكونا من أهل الزوجين ما أمكن، وسواء كانا حاكمان، أو وكيلان.

وأجمع العلماء على أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين إذ هما اقعد بأحوال الزوجين ويكونان من أهل العدالة وحسن النظر والبصر بالفقه فإن لم يوجد من أهلها من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما عدلين عالمين وذلك إذا أشكل أمرهما ولم يدر ممن الإساءة منهما فأما إن عرف الظالم فإنه يؤخذ له الحق من صاحبه ويجبر على إزالة الضرر[1].

هل للحكمين أن يجمعا ويفرقا

واختلف العلماء في التفريق الحكمين إذا اتفقا على ذلك هل يحتاج إلى إذن من الزوج أو لا يحتاج إلى ذلك؟ فقال مالك وأصحابه: يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما في ذلك وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما: ليس لهما أن يفرقا إلا أن يجعل الزوج إليهما التفريق[2].

فذهب المالكية إلى أن للحكمين الجمع والتفريق، ويروى هذا عن علي وابن عباس وأبو سلمة بن عبد الرحمان والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير والأوزاعي وابن المنذر ورواية عند الحنابلة.

على أن الهدف الأساسي من بعث الحكمين هو الإصلاح، فإن عجزا عن الإصلاح لهما أن يحكما بالتفريق، فإن كانت الإساءة من جانب الزوج، وعجزا عن الإصلاح فلهما أن يحكما بالطلاق مقابل مبلغ مالي تدفعه الزوجة.

أما إذا كانت الإساءة مشتركة فللحكمين أن يحكما عند العجز عن الإصلاح بالفرقة بلا بدل، أو ببدل يتناسب مع حال الإساءة.

ولا ينبغي (كما يقول الإمام مالك) أن يأخذا من الزوج شيئا ويطلقا عليه، وعلى القاضي تنفيذ حكم الحكمين وجوبا.

---

[1] - أنظر/ **تفسير القرطبي**: محمد القرطبي، ج 5 ، ص 167. و **بداية المجتهد**: ج1، ص، 820 .

[2] ـ أنظر/ **بداية المجتهد**: ج 1 ص 820.

وذهب جماعة من الفقهاء إلى أنه ليس للحكمين أن يفرقا إلا إذا وكلا بذلك من الـزوجين، وعلى هذا الحنفية والشافعية، وقال به من السلف الحسن وعطاء، وعليه مذهب الظاهرية، وإحـدى الروايتين عند الحنابلة، أحدهما: من قبل الزوج، والآخر: من قبل المرأة إلا أن لا يوجد في أهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما.

وأجمعوا على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما وأجمعوا على أن قولهما في الجمع بينـهما نافذ بغير توكيل من الزوجين.

وحجة مالك: ما رواه من ذلك عن علي بن أبي طالب أنه قال في الحكمين: إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع.

وحجة الشافعي وأبي حنيفة: أن الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكلـه الزوج.

واختلف أصحاب مالك في الحكمين يطلقان ثلاثا، فقال ابن القاسم: تكون واحـدة وقـال أشهب والمغيرة تكون ثلاثا إن طلقاها ثلاثا، والأصل أن الطلاق بيد الرجل إلا أن يقوم دليل على غير ذلك.

وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة بما روي في حديث علي هذا أنه قال للحكمين: هل تدريان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله وبمـا فيه لي وعلي فقال الرجل: أما الفرقة فلا فقال علي: لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة قال:

فاعتبر في ذلك إذنه. ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق بالضرر عند مالك إذا تبين[1].

الأدلـة:

وقد استدل كل فريق بأدلة تؤيد مذهبه نوردها فيما يلي:

1- أدلة القائلين بأن للحكمين الجمع والتفريق.

وقالوا إنما حاكمان ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعـوض وغـير عـوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما روي نحو ذلك عن علي وابن عباس وأبي سلمة بـن عبـد

---

[1] - أنظر **انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية** / لدكتور المصري مبروك ص263 وعنه أنظر المدونة الكبرى 49،50/5 ، والمقدمات الزكية ص 204 ، وأسهل المدارك 132/2 والمغنى 320/7 ، وبداية المجتهد 73/2 ودراسات في الأحوال الشخصية ص 141،142 مغني المحتاج 261/3 ط (سنة 1958) المغنى 252/8 ، المحلى 319/11 الأم 124/5 ، شرح منتهى الإرادات 105/3 ، أحكام القرآن للجصاص 125/3.

[1] - سورة النساء- الآية 35 .

الرحمن و الشعبي و والنخعي و سعيد بن جبير ومالك والأوزاعي و إسحاق و ابن المنذر لقـول الله تعالى: { فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها } فسماهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين[1].

واستدلوا بقولـه تعـالـى: ﴿ وإن خفتـم شقاق بينهما فابعثـوا حكما من أهلـه وحكما من أهلها ﴾.

وجه الدلالة من الآية:

قال ابن القيم في زاد المعاد: والعجب كل العجب ممن يقول: هما وكيلان لا حاكمـان والله تعالى قد نصبهما حكمين وجعل نصبهما إلى غير الزوجين ولو كانا وكيلين لقال: فليبعث وكيلا من أهله ولتبعث وكيلا من أهلها؛ وأيضا فلو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل؛ وأيضا فإنـه جعل الحكم إليهما فقال : ﴿إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما ﴾ والـوكيلان لا إرادة لهمـا إنمـا يتصرفان بإرادة موكليهما؛ وأيضا فإن الوكيل لا يسمى حكما في لغة القرآن ولا في لسان الشـارع ولا في العرف العام ولا الخاص؛ وأيضا فالحكم من له ولاية الحكم والإلزام وليس للوكيل شيء مـن ذلك؛ وأيضا فإن الحكم أبلغ من حاكم لأنه صفة مشبهة باسم الفاعل دالة على الثبوت ولا خـلاف بين أهل العربية في ذلك فإذا كان اسم الحاكم لا يصدق على الوكيل المحض فكيف بما هو أبلغ منه.

وأيضا فإنه سبحانه خاطب بذلك غير الزوجين وكيف يصح أن يوكل عن الرجـل والمـرأة غيرهما وهذا يحوج إلى تقدير الآية هكذا: ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما ﴾ فمروهما أن يوكلا وكيلين: وكيلا من أهله ووكيلا من أهلها ومعلوم بعد لفظ الآية ومعناها عن هذا التقدير وأنها لا تدل عليـه بوجه بل هي دالة على خلافه وهذا بحمد الله واضح[2].

فَعَنِ ابْنِ سِيرِينَ عَنْ عَبِيدَةَ أَنَّهُ قَالَ فِي هَذِهِ الآيَةِ (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِـنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ إِلَى عَلِيٍّ رضي الله عنه وَمَعَ كُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِئَامٌ مِنَ النـاسِ فَأَمَرَهُمْ عَلِيٌّ رضي الله عنه فَبَعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ثُمَّ قَالَ لِلْحَكَمَيْنِ: تَدْرِيَانِ مَـا عَلَيْكُمَـا؟ عَلَيْكُمَا إِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تَجْمَعَا أَنْ تَجْمَعَا، وَإِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تُفَرِّقَا أَنْ تُفَرِّقَا، قَالَتِ الْمَرْأَةُ: رَضِيتُ بِكِتَـابِ اللهِ بِمَا عَلَيَّ فِيهِ وَلِيَ، وَقَالَ الرجُلُ: أَما الْفُرْقَةُ فَلاَ. فَقَالَ عَلِيٌّ رضي الله عنه: كَذَبْتَ وَاللهِ حَتى تُقِر بِمِثْلِ مَـا أَقَرتْ بِهِ))[3].

وجه الاستدلال:

[1] - أنظر/ **المغني**: لابن قدامة ج 8 ص 167.
[2] - أنظر/ **زاد المعاد**: لابن القيم الجوزية، ج 5 ص 172 .
[3] - **سنن البيهقي الكبرى**: أبو بكر البيهقي، ج7 ، ص305 ، حد[14559]، كتاب القسم والنشوز، باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين. وأنظر/ **تفسير القرطبي**:، ج، 5، ص،167.

1- أن عليا كرم الله وجهه، لم يطلب من الزوجين توكيل الحكمين وإنما أخـبر الحكمـين بمتهما التي هي التفريق أو الجمع، وقوله للزوج كذبت، دليل على أنه ملزم يتوصل إليه الحكمـان وليس هناك ما يدل على أنه أجبره على التوكيل.

2 - وبما رواه أَبو بَكْرٍ مُحَمدُ بْنُ الْحَسَنِ عَنِ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ سَمِعَهُ يَقُولُ: تَزَوجَ عَقِيلُ بْـنُ أَبِي طَالِبٍ فَاطِمَةَ بِنْتَ عُتْبَةَ فَقَالَتِ: اصْبِرْ لِي وَأُنفِقُ عَلَيْكَ، فَكَانَ إِذَا دَخَلَ عَلَيْهَا قَالَتْ: أَيْنَ عُتْبَةُ بْنُ رَبِيعَةَ وَأَيْنَ شَيْبَةُ بْنُ رَبِيعَةَ فَقَالَ: عَلَى يَسَارِكِ فِي النارِ إِذَا دَخَلْتِ. فَشَدتْ عَلَيْهَا ثِيَابَهَا فَجَاءَتْ عُثْمَانَ بْنَ عَفانَ ﷺ فَذَكَرَتْ لَهُ ذَلِكَ، فَأَرْسَلَ ابْنَ عَباسٍ وَمُعَاوِيَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا فَقَالَ ابْنُ عَباسٍ: لأُفَرقَن بَيْنَهُمَا. وَقَالَ مُعَاوِيَةُ: مَا كُنْتُ لأُفَرقَ بَيْنَ شَيْخَيْنِ مِنْ بَنِي عَبْدِ مَنَافٍ، قَالَ: فَأَتَاهُمَا فَوَجَدَهُمَا قَـدْ شَدا عَلَيْهِمَا أَثْوَابَهُمَا وَأَصْلَحَا أَمْرَهُمَا[1].

وفي رواية عَنِ ابْنِ عَباسٍ قَالَ: « بُعِثْتُ أَنَا وَمُعَاوِيَةُ حَكَمَيْنِ فَقِيلَ لَنَا: إِنْ رَأَيْتُمَـا أَنْ تُفَرقَـا فَرقْتُمَا وَإِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تَجْمَعَا جَمَعْتُمَا، قال معمر وبلغي أن الذي بعثهما عثمان »[2]، وعليه فتكـون الحادثة واحدة، ووجه الدلالة ظاهرة من أنه للحكمين أن يجمعا ويفرقا.

2 - أدلة القائلين بأنه ليس للحكمين أن يفرقا:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿ إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما ﴾.

ووجه الدلالة:

1 - قالوا إن الله سبحانـه وتعالى قال: [إن يريدا إصلاحا] ولم يقل: إن يريدا فرقةً، ولـو أراد الفرقة لذكرها، فلما لم يذكرها دل على أنه لا يريدها.

2 - واستدلوا بقول علي ﷺ للزوج: « كذبت ! والله حتى تقر بمثل الذي أقرت به ».

قال الإمام الشافعي رحمه الله: أن قول علي رضي الله عنه للزوج: كذبت والله حتى تقر بمثل الذي أقرت به يدل على أنه ليس للحكمين أن يحكما إلا بأن يفوض الزوجان ذلك غليهما وذلك أن المرأة فوضت وامتنع الزوج من تفويض الطلاق فقال علي رضي الله عنه: كذبت حتى تقر بمثل الذي أقرت به يذهب إلى أنه إن لم يقر لم يلزمه الطلاق وإن رأياه ولو كان يلزمه طلاق بأمر الحـاكم أو تفويض المرأة لقال له : لا أبالي أقررت أم سكت وأمر الحكمين أن يحكما بما رأيا[3].

3 – ((قال بن جريج سمعت عطاء يسأل أيفرق الحكمان قال لا إلا أن يجعل ذلك في أيديهما الزوجان

---

[1] ـ سنن البيهقي الكبرى: للبيهقي، ج7 ، ص306 .

[2] ـ المرجع نفسه .

[3] ـ أنظر/ الأم: لإمام الشافعي، ج5، ص 167.

وقال الحسن يحكمان في الاجتماع ولا يحكمان في الفرقة سئل عطاء: أيفرق الحكمان؟ قـال: لا، إلا أن يجعل الزوجان ذلك بأيديهما))[1].

ولعل القارئ يشاطرني الرأي بعد عرض هـذه الأدلة بأن للحكمين أن يجمعا وأن يفرقا، لأن وصف الشارع لهما بـ (الحكمين) يقتضي هذا، وهو بحق من أقوى دليلٍ للمالكية، ومن وافقهم، هو أن الله سبحانه وتعالى سمى الحكمين هذه التسمية المؤذنة في الاجتماع و الفرقة إذا اتفقا.

و يؤيد هذا ما قاله الإمام الطبري في تفسيره: « إن للحكم معنى، و للوكيل معنى فإذا سـمى الله حكما لم يكن لإنسان أن يجعله و كيلا أو شاهدا ».

إذن فمهمة الحكمين، بذل الوسع و الجهد ما أمكن من أجل الإصلاح بين الزوجين، فـإن عجزا عن الإصلاح فلهما أن يفرقا بينهما ببدل إذا كانت الإساءة من الزوجة، وبدون بدل إن كانت الإساءة الزوج، وببدل أو بدونه إن كانت الإساءة من الطرفين، فهي مهمة صعبة ولذلك لابد مـن توافر الشروط في الحكمين، من عقل، وإرشاد وذكورة، وعدالة، ومعرفة بما يشتغلان فيه، وإذا كان الأمر كذلك، فليس للقاضي من بد إلا أن ينفذ ما رآه الحكمان على ما ذهب إليه المالكية، بيد أنه لا طلاق إن طلق أحدهما ولم يطلق الآخر[2].

نوع الفرقة التي يوقعها الحكمان:

((على الرأي الذي يقول بأن الحكمين وكيلان، فالفرقة تكون على حسب إرادة الموكل فان أرادا طلاقا، كان طلاقاً، وإن أرادا خلعاً كان كذلك.

وعلى القول بأنهما قاضيان (أي حكمان) فإذا رأى الحكمان الفرقة فهل تكـون فسـخا أو طلاقا ؟

الذي عليه جمهور القائلين بأن للحكمين التفريق أنه طلاق بائن، وكما قال الإمام مالـك: « والطلاق طلاق بائن، وهو واحدة لا أكثر »، لأن المعنى الذي لأجله وقع الطلاق، هو الشقاق ولـو شرعت الرجعة لعاد الشقاق كما كان أول دفعة فلم يكن ذلك يفيد شيئاً فامتنعت الرجعة لأجله.

والذي نراه أن هذه التفرقة تكون فسخاً، لأن الزوج لم يطلق ولم يوكل في الطلاق وإنما هـو تطليق للضرر، وعلى ما يراه الإمام الشافعي من أن الطلاق ما ابتدأه الزوج فأوقعه على امرأته بطلاق صريح، أو كلام يشبه الطلاق يريد به الطلاق، وكذلك ما جعل إلى امرأته من أمرها فطلقت نفسها

---

[1] ـ أنظر/ الاستذكار: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري ج6 ص 184 دار الكتب العلمية بيروت ط 1 - 1421-2000 تحقيق : سالم محمد عطا ، محمد علي معوض.

[2] ـ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص265 وعنه أنظر دراسات في الأحوال الشخصية: الأستاذ الدكتور محمد بلتاجي، ص148 تفسير القرطبي 5/186-188 – ط (إحياء التراث العربي) انظر المدونة الكبرى 5/55،49، وتفسير القرطبي 5/177 .

مصنف عبد الرزاق – 11885-6/511 .

أو إلى غيرها فطلقها لأنه بأمره وقع، وإذا كان الشافعي يرى أن فرقة الحكمين طلاقا في الجديد، ذلك لأنه يعتبر الحكمين وكيلين، فلا يطلقان إلا برضا الزوجين، وعليه يكون بأمره وقع، أما إذا اعتبرهمـا قاضيين كما رجحناه، فإنه يتفشى على قاعدته من أنه فسخ وليس بطلاق ، وهذا ما نراه، وحـتى يكون الطلاق بيد الرجل كما جعله الله تعالى، وليس الأمر هنا كالخلع الذي قال فيـه الرسـول ﷺ لثابت بن قيس رضي الله عنه: « اقْبَلِ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً »[1]. لأن الخلع لا يتم إلا برضا الزوج، أما فرقة الحكمين - على ما رجحناه - تقع الفرقة ولا دخل لرضاه وعدمه، بل ما أوقعه الحكمان يقع، رضي أم كره وعليه تكون فرقة الحكمين فسخا لا طلاقا، وفي الحالتين ليس للزوج حق الرجعة إلا برضـاها، والله أعلم))[2].

منا قشة القانون

وقد النص المشرع المالي على التطليق بسبب الضرر في المادة: 75 بقوله إذا جاء طلب الطلاق بسبب شطط أو سوء معاملة أو إهانات خطيرة حق للقاضي أن لا يحكم بالطلاق فورا حتى ولو ثبت ذلك وفى هذه الحالة يسمح القاضي للزوجة قبل الفصل في القضية بترك زوجها ويحللها من وجـوب استقباله إن لم تكن لديها رغبة في ذلك ويحكم على الزوج بان يقدم معاشا يتناسب مع موارده إن لم يكن لدى الزوجة من الموارد ما يؤمن حاجاتا[3].

وفى هذه المادة نجد القانون إذا ثبت النشوز يفرق بين الزوجين في المبيت ولا يوقع الطـلاق فورا إلا بعد محاولة الصلح ويوجب النفقة على الزوج في مدة الانتظار دون اعتبار الطرف الناشر إذا كان من جهة الزوج أو الزوجة ثم يقول في المادة: 81 المرأة التي كسبت دعوى الطلاق تحتفظ بجميع الفوائد التي كان زوجها قدمها لها.

وإذا صدر حكم الطلاق في صالح الزوج حق له أن يطلب استرداد جميع الفوائد التي كان قد قدمها لزوجته[4].

أ - المرأة التي كسبت دعوى الطلاق تحتفظ بجميع الفوائد التي كان زوجها قدمها لها.

ومعنا هذا أن الزوج إذا كان ناشزا فيحكم القاضي بالطلاق مع التعويض للزوجة باعتبارها الطرف المتضرر.

[1] ـ **صحيح البخاري**: محمد البخاري، ج5 ، ص 2021، حد[4971]، الطلاق، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه.

[2] ـ أنظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص257 وعنه أنظر شرح منتهى الإرادات 105/3 ، والأم للشافعي 125/5،124 ، وسلطة القاضي (الشافعي عبد الرحمان) ص136و المدونة الكبرى و أحكام القرآن – لأبي بكر محمد بن عبد الله = ابن العربي = تحقيق محمد البجاوي (ط- 4) مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه 426/1 . و الأم 126/5 .

[3] ـ أنظر جمهورة المالي قانون الزواج والوصاية ص32.

[4] أنظر المرجع نفسه

ولا نستطيع أن نسمي هذا التعويض بدلا للخلع أو للافتداء لأن المرأة هي التي تدفع العـوض لتتخلع أو لتفتدي نفسها من زوجها إن كانت تكرهه لخلقه أو خلقه.

وبالتالي يكون هذا الحكم مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية وقد رأينا قول الإمام مالك رحمه الله: « لا ينبغي أن يأخذا من الزوج شيئا ويطلقا عليه »[1].

نعم للزوجة حقوق بعد الطلاق كالنفقة والسكنى في عدتها وحقهـا في المتعـة وفي متـأخر صداقها وغيرها من الحقوق التي تثبت للمرأة بالزواج، وجميعها لا تعد عوضا لتضرر المرأة من نشوز الزوج.

وإنما كان على المشرع أن يراعي فيما إذا كان الطلاق من جهتها حيث تسقط به بعـض الحقـوق كالمتعة، وفيما إذا كان سبب الطلاق من جهته فتثبت به الحقوق التي ثبتت بالطلاق الذي يوقعه الزوج بنفسه أو يوقعه من جعل له الزوج إيقاعه.

ب - وإذا صدر حكم الطلاق في صالح الزوج حق له أن يطلب استرداد جميع الفوائد التي كان قـد قدمها لزوجته.

وأما حكم القاضي بالطلاق مع التعويض للزوج باعتباره الطرف المتضرر.

فقد رأينا كيف عالج الإسلام النشوز بالموعظة الحسنة، فالهجر في المضجـع، فالضـرب إن ظـن الإفادة فإن لم ينفع شيء من ذلك، فللزوج أن يطلق، وله أن يصبـر ﴿ فـإن كرهتمـوهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً ﴾[2].

فإن رفع أمرها إلى القضاء فالحاكم (القاضي) باعتباره القائم على تطبيقات الحقوق، أن يأمرها بطاعته (وهذا هو الإصلاح) فإن أطاعته واستجابت لما أوجبه الله عليها من حقوق لزوجها فلا سبيل له عليها بعد ذلك.

فإن تمادت في نشوزها وعصيانها، وعجز القاضي عن الإصلاح، مع عدم تنازل الزوج عـن حقوقـه، وطلبها بالتطليق، فليس للقاضي أن يعاقبها بالضرب أو الحبس، حتى تطيـع زوجهـا (وإنما هو حق اختص به الزوج) وكان عليه أن يراعي الحقوق المترتبة عن هذا النشوز، مـن نفقـة وسكنى وغيرها من الحقوق التي تسقط بنشوزها، وعليه أن يراعي حكم الطاعة في حدود قوله تعالى: ﴿ ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ﴾ فمن لجأ إلى القضاء طالبا الحكم بالطاعة، يجب أن يحليه القاضـي إلى نظام الإسلام في معالجة النشوز، وتكون النهاية، " إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " وكمـا

[1]- المدونة الكبرى 49،50/5 .

[2] سورة البقرة الآية 231.

يقول سالم البهنساوي: « الأولى أن يتوقف حكم الطاعة تقرير الحكمين » والأصـول العامـة في الشريعة الإسلامية تقضى: بأن الصلح بين الزوجين عند ال اع أمر مطلوب شرعاً، في كافة الأحوال التي يكون فيها الصلح ممكنا، مؤدٍ إلى استمرار المعاشرة بالمعروف بينهما.

أما ما قـرره القانون من التعويض للزوج حالة حكم القاضي بالطلاق بنشوزها ، فإنه موافق لمذهب مالك رحمه الله[1].

وعليه نقترdz على الشرع المالي ما يلي:

1 - حالة نشوز أحد الزوجين، فإذا علم المعتدى أمر بإزالة الضرر، فإن أجـاب وإلا حكـم القاضي بالطلاق بعد محاولة الإصلاdz.

فإن جهل المعتدي، بعث القاضي حكمين، عدلين، ذكرين راشدين، عارفين بما كلفا به، حكما مـن أهل الزوج وحكما من أهلها فإن فقدا أو فقدت فيهم الشروr فمن غير أهلهما وللقاضي أن يبعث حكما ثالثا عند فشل الحكمين.

وعلى الحكمين أن يبذلا أقصى جهديهما من أجل الإصلاdz بينهما.

فإن عجزا عن الإصلاdz، فلها أن يحكما بالفرقة.

فإن كانت الإساءة من الزوج حكما بالفرقة من غير بدل وبدون المساس بحقـوق الزوجـة المترتبة على الزواج والطلاق.

وإن كانت الإساءة مشتركة حكما بالتفريق ببدل أو بدونه على ما يريانه الأصلح بما.

فإن جهل الحال ولم يعرف المسيء حكما بالفرقة بدون بدل – وعلى الحكمين أن يرفعا تقريرا عـن مهمتهما في أجل شهرين ومع بيان الأسباب.

وعلى القاضي أن ينفذ ما اتفقا عليه الحكمان فإن اختلفا، نظر القاضي في الأمـر فـإن رأى إمكان الإصلاdz فعل، وإلا حكم بالتفريق بينهما، مع مراعاة الأحكام الواردة في حكم الحكمين.

وتكون الفرقة فرقة فسN لا طلاق.

[1] أنظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص 270

المبحث الثاني: الخلع

لقد رعى المشرع الكريم حق المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية فشرع للمرأة التي لا ترغب في استمرار الحياة الزوجية رغم عدم وجود إساءة من جانب الزوج أن تخالع إذا ما بغضت الحياة مع زوجها وعجز الحكمان عن الصلح بينهما فيخلعها القاضي من زوجها بعد أخذ رأي الحكمين على أن تدفع إليه ما قدمه في هذا الزواج من عاجل الصداق وليس ذلك إلا عمالا للعقل بقدر ما تقتضيه الضرورة بما لا ينافى مقاصد الشريعة الإسلامية ومراعاة أصولها ذلك أن التفريق بين الزوجين في هذه الحالة من شأنه أن يحقق مصلحة للطرفين فلا يجوز أن يجبر الزوجة على العيش مع زوجها قسرا عنها بعد إذ قررت أنها تبغض الحياة معه وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وأنها تخشى ألا تقيم حدود الله بسبب البغض مما حدا بها إلى افتدائها لنفسها وتنازل له عن جميع حقوقها المالية والشرعية وردها الصداق الذي أعطاه لها وذلك لفقدان الأصل الذي هو المودة والرحمة والسكن[1].

المطلب الأول: في تعريف الخلع

أ – الخلع في اللغة: النزع، وخالعت زوجها افتدت منه، والاسم: الخلع بضم الخاء، وهو استعارة من خلع اللباس، لأن كلاًّ لِباسٌ للآخر، فإذا فَعَلاَ فكأن كلاً منهما نَزَع لباسَه[2].

واختلف الفقهاء في تعريفه؛ وقد اخترنا هذين التعريفين لشمولهما الخلع إزالة ملك النكاح بأخذ المال[3].

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تئول إلى معنى واحدٍ، وهو بذل المرأة العوض على طلاقها، إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها، والصلح ببعضه والفدية بأكثره والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه على ما زعم الفقهاء، والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق[4].

لما كان لزواج قد شرع في لأصل ليكون مؤبدا ويستمر صالحا وكانت العلاقة الشخصية بين الزوجين هي الصلة التي تجعل لحياة الزوجية صالحة فيبقى الزواج بها لذلك فقد حرص الشارع عز وجل على بقاء المودة وحث على حسن لعشرة ولكن عندما تحل الكراهية محل المودة والرحمة ويشتد لشقاق ويصعب الوفاق فقد رخص سبحانه وتعالى للزوج أن ينتهي العلاقة بالطلاق يستعمله عند الحاجة وفى الحدود التي رسمها له الشارع الحكيم وفى مقابل هذا الحق الذي قرره جل شأنه للرجل فقد كان حتما

---

1 أنظر أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون ص 507.

2 أنظر/ **التعاريف**: محمد عبد الرؤوف المناوي: ج1، ص 323.

3 - أنظر/ **التعريفات**: علي بن محمد بن علي الجرجاني، ج1، ص135.

4 – أنظر/ **بداية المجتهد**: لابن رشد، ج1، ص774 .

مقضيا أن يقرر للزوجة حقا في طلب التطليق لأسباب عدة كما قرر لها حق في أن يفتدى نفسها فترد على الزوج ما دفعه من عاجل الصداق وهو ما عرف بالخلع وفى الحلين فإنا تلجأ إلى القضاء الذي يطلقها لسبب من أسباب التطليق أو يحكم بمخالعتها لزوجها وهى مشروع بالكتاب والسنة [1].

ب - مشروعيته:

يقول ابن قدامة: « إذا كانت المرأة مبغضة لزوجها، وتكرهه لخلقة أو لخلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه، ونحو ذلك، وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها منه لقوله تعالى: ﴿ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ ﴾[2].

وبذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام، قال ابن عبد البر: ولا نعلم أحدا خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجزه وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَإِنۡ أَرَدتُّمُ ٱسۡتِبۡدَالَ زَوۡجٍ مَّكَانَ زَوۡجٍ وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأۡخُذُواْ مِنۡهُ شَيۡـًٔا ﴾[3].

والأدلة على مشروعية الخلع كثيرة نذكر منها

قوله تعالى: ﴿ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ ﴾[4].

ووجه الدلالة واضح في الآية، وهو رفع الحرج والجناح على الأزواج في حالة الافتداء، واستدلوا بما أخرجه الإمام مالك عَنْ حَبِيبَةَ بِنْتِ سَهْلٍ الْأَنْصَارِيِّ أنها كَانَتْ تَحْتَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شَمَاسٍ، وَأن رَسُولَ اللهِ ﷺ خَرَجَ إِلى الصبْحِ فَوَجَدَ حَبِيبَةَ بِنْتَ سَهْلٍ عِنْدَ بَابِهِ فِي الْغَلَسِ، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ « مَنْ هَذِهِ ؟». فَقَالَتْ: أَنا حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ يَا رَسُولَ اللهِ. قَالَ: « مَا شَأْنُكِ؟». قَالَتْ: لاَ أَنا وَلاَ ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ لِزَوْجِهَا؛ فَلَما جَاءَ زَوْجُهَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ قَالَ لَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ « هَذِهِ حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ قَدْ ذَكَرَتْ مَا شَاءَ اللهُ أَنْ تَذْكُرَ ». فَقَالَتْ حَبِيبَةُ: يَا رَسُولَ اللهِ! كُلُّ مَا أَعْطَانِي عِنْدِي. فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ لِثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ «خُذْ مِنْهَا». فَأَخَذَ مِنْهَا وَجَلَسَتْ فِي بَيْتِ أَهْلِهَا[5].

---

1 أنظر أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون للإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك ص 506ـ

2 ـ **سورة البقرة**، الآية: 229.

3 ـ **سورة النساء**، الآية: 20. انظر/ **المغني**: لابن قدامة، ج8، ص 174 .

4 ـ **سورة البقرة**، الآية: 229.

5 ـ **موطأ مالك**: الإمام مالك، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 2 ، ص564 ، حد[1174]، دار إحياء التراث العربي، مصر. قال الألباني: **حديث صحيح**، انظر/ **صحيح سنن أبي داود**: ناصر الدين الألباني، ج 2، ص420، حد[1948].

وقال الإمام القرطبي في حديث حبيبة بنت سهل وهذا الحديث: أصل في الخلع وعليه جمهور الفقهاء، قال مالك: لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجتمع عليه عندنا، وهو أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسئ إليها ولم تؤت من قبله وأحبت فراقه فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به[1].

وبما رواه الإمام البخاري عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أن امْرَأَةَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أتتِ النبي ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ! ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ مَا أَعْتِبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلاَ دِينٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الإِسْلاَمِ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ « أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟» قَالَتْ نَعَمْ. قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: « اقْبَلِ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً »[2].

أما ما زعمه بكر بن عبد الله المزني من أن الآية منسوخة وهي قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾[3].بالآية ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا... ﴾[4].

فلا وجه للنسخ وذلك لأمرين:

الأمر الأول: إمكان الجمع بين الآيتين، ولا نسخ إلا إذا تعذر الجمع فالآية الأولى تدل على أن الزوج لو أخذ شيئا من زوجته بطيب نفسها فلا إثم عليه ولا حرج، والثانية تدل على النهي من أن يأخذ الزوج من صداق زوجته، ليمهر به الثانية، وهذا إثم وبتان.

الأمر الثاني: لم يثبت أن الآية الثانية متأخرة في النزول عن الآية الأولى وبالتالي فلا نسخ.

ويقول الإمام القرطبي في الرد عليه: « إجماع الجميع من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من المسلمين على تخطئته، وإجازة أخذ الفدية من المفتدية نفسها لزوجها وفي ذلك الكفاية عن الاستشهاد على خطئه ».

وقال أيضا: والصحيح أن هذه الآيات محكمة وليس فيها ناسخ ولا منسوخ، وكلها يبنى بعضها على بعض، قال الطبري: هي محكمة ولا معنى لقول بكر إن أرادت هي العطاء فقد جوز النبي ﷺ لثابت أن يأخذ من زوجته ما سق إليها[5].

---

1 ـ أنظر/ تفسير القرطبي: ج3، ص 120 .

2 ـ صحيح البخاري: محمد البخاري، ج5 ، ص 2021، حد[4971]، الطلاق، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه.

3 ـ سورة البقرة، الآية: 229.

4 ـ سورة النساء، الآية: 20.

5 ـ جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري): أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، ج3، ص656. وانظر/ تفسير القرطبي: ج5 ، ص ص 95 ..

د - الخلع لغير الأسباب أو بلا سبب:

((قررنا – فيما سبق – أن الشارع الحكيم يكره الطلاق ويبغضه، وإنما شرع للحاجة والحاجة تقدر بقدرها.

فإذا قلنا بمشروعية الخلع فهل هو على إطلاقه أو أنه للحاجة أيضاً ؟

اعلم أن الله سبحانه وتعالى، إنما شرع الخلع للحاجة ذلك لأنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا كره زوجته أن يطلقها باعتباره المنفق والممتع والذي يدفع المهر وأنه المفضل بتفضيل الله لـه، جعـل الخلع والافتداء للمرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه بأن تدفع له مقدارا من المال مقابل الفرقـة، كتعويض له عما قدمه لها وما سيقدمه للثانية، وإنما يدفع ذلك ابتغاء العيش معها ولما تعذر ذلك كان لها أن تختلع ومن هنا فليس للمرأة أن تطلب ذلك من غير سبب أو بسبب تافه، لأن الشارع الحكيم شدد في الوعيد لمن تفعل ذلك))[1].

فَعَنْ ثَوْبَانَ عَنِ النبِيِّ ﷺ قَالَ: « الْمُخْتَلِعَاتُ هُن الْمُنَافِقَاتُ »[2].

وَرُوِيَ عَنِ النبِيِّ ﷺ أَنهُ قَالَ: «أَيمَا امْرَأَةٍ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ لَمْ تَرِحْ رَائِحَـةَ الْجَنةِ»

وعَنْ أَبِي قِلاَبَةَ عَمنْ حَدثَهُ عَنْ ثَوْبَانَ أَن رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: « أَيمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا طَلاَقًا مِـنْ غَيْرِ بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنةِ »[3].

وفي نساء السلف القدوة الحسنة في هذا، يروى أن امرأة جاءت إلى الحسن قالت: « يا أبـا سعيد لا والله ما خلق الله شيئاً أبغض إلي من زوجي، وإنه ليخيل إليه أنه ما في الأرض أحب إلي منه فهل تأمرني أن أختلع؟ فقال الحسن: كنا نتحدث أن المختلعات هن المنافقات، قال: فضربـت رأسها بيدها فقالت إذا أصبر على بركة الله تعالى، فقال الحسن: يرحمها الله ما كنتُ أرى أن تفعل »[4].

((إذن فالخلع والافتداء مقيدٌ بذه الضوابط بأن تكون المرأة تكره زوجَها لِخُلْقه أو دِينِـه أو كبره أو ضُعفـه وخشيتْ ألا تؤدي حق الله في طاعته، جاز لها أن تُخالعه بِعوض، وأما إن كان بغير

[1] - أنظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / ادكتور المصري مبروك ص278

[2] ـ **سنن الترمذي**: محمد الترمذي، تحقيق: أحمد شاكر وآخر، ج3، ص492، حد[1186]، الطلاق واللعان، باب ما جاء في المختلعات، قال أبو عيسى هذا حديث غريب من هذا الوجه وليس إسناده بالقوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

ـ **مجمع الزوائد ومنبع الزوائد**: علي أبو بكر الهيثمي، ج5، ص5، دار الريان للتراث، دار الكتاب العربي، القاهرة، بيروت. قال الهيثمي: رواه الطبراني وفيه قيس ابن الربيع وثقه الثوري وشعبة وفيه ضعف، وبقية رجاله رجال الصحيح.

[3] ـ محمد بن حبان، **صحيح ابن حبان**: ج9، ص490، حد[4184]، ط2. قال شعيب الأرنؤوط: إسناده صحيح على شرط مسلم.

ـ محمد الحاكم، **المستدرك على الصحيحين**: ج2، ص218، حد[2809]، ط1. قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه.

ـ **سنن الترمذي**: محمد الترمذي، ج3، ص492، 493، حد[1186]، باب ما جاء في المختلعات.

[4] ـ **مصنف عبد الرزاق**: أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، ج6، ص514، حد[11890]، باب ما يقال في المختلعة ملكا تسأل الطلاق، ط2(1403هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت.

سبب، أو سببٍ لكن دون أن تخاف من مضيعة حقوق زوجها فيكفي في الانتهاء عنه والابتعاد منه لما ورد مِن وعيدٍ فيما ذكر من أحاديث، وتقوى الله سلاح المؤمن))[1].

المطلب الثاني: الضوابط الشرعية للخلع

أ - [illegible] وما يشترط [illegible]

إذا خشية المرأةُ ألا تقيم حدود الله وذلك بعدم طاعة الزوج فيما أوجب الله تعالى عليها وعرضت علي زوجَها الخلعَ فلا بد للزوج أن يجيبها لذلك متى كان الزوج المخالع أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة محلا له،لقوله ﷺ لثابت بن قيس: « اقْبَلِ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً »[2]، والأمر للوجوب حتى يصرفه عنه دليلٌ، وليس هناك صارفٌ عنه ».

فإن وقع الخلع مع انعدام أهلية التصرف فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك على النحو التالي:

1 - يقع الطلاق بائنا، ولا يلزم العوض، فإن قبض الزوج العوض رده وإن لم يقبضه فذِمة الزوجة بريئة منه وهذا الذي عليه المالكية

2 - لا يقع الطلاق ولا يلزم المال عند الحنفية.

3 - وعند الشافعية لا يلزم العوض وتقع طلقة رجعية إلا أن يكون طلقها ثلاثا أو تطليقة لَمْ يكن بقي له عليها غيرها.

4 - وكذلك الأمر عند الحنابلة فإن العوض لا يلزم.

أما إذا كانت الزوجة أهلا للتصرفات المالية إلا أنا مريضة مرض الموت ، فما الحكم ؟.

ذهب جمهور الفقهاء إلى صحة الخلع واختلفوا فيما يلزم البدل على النحو التالي:

1 - ذهب الأحناف إلى أنه للزوج الأقل من إرثه منه وبدل الخلع إذا ماتت في العدة؛ وإن لم تمت في العدة فله الأقل من بدل الخلع وثلث التركة.

2 - ذهب الشافعية إلى أنه يجوز بمهر مثلها، وإن زاد فالزيادة من الثلث.

3 - وعند الحنابلة يصح الخلع بميراثه منها وللورثة الرجوع إذا خالعته بأكثر من ميراثه منها.

4 - وذهب المالكية إلى أنه لا يجوز الخلع في مرض الموت مع تحريم أخذ البدل ووقوع الطلاق ند مالك، وعند ابن القاسم يجوز بميراثه منها فأقل.

وسبب الخلاف يدور حول محاباة المرأة زوجَها، ولعلة لاعتبار الفقهاء بدل الخلع تبرع لعدم ما يقابله من المال، سبباً في هذا الخلاف، وهذا غير صحيح، لأنه مقابل هنا بمنفعة يقدرها الراغبون

---

[1] ـ أنظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص 279.

[2] ـ **صحيح البخاري**: محمد البخاري، ج5 ، ص 2021، حد[4971]، الطلاق، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه.

فيها بمال كثير جدا، وأي منفعة أكبر من أن تتخلص المرأة من زوجية شاقة لا تطيقها؟ وكيف يكون التزامها بالمال هنا تبرعا، وقد سماه الله افتداء في قوله تعـالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ ﴾[1]، أليس الافتداء دفع فدية لتحصيل مصلحة تستحق هذه الفدية؟ »[2] .

وعليه فلا معنى لما ذهب إليه المالكية من تحريم أخذ الفـداء في مرض الموت، مـع وقـوع الطلاق، وحرمانه من الميراث حتى ولو ماتت في العدة، والصواب فيما نرى – والله أعلم – أن الخلـع جائز في مرض الموت وأن البدل يجوز بمثل ما أعطاها أو دونه بما لا يتجاوز ميراثه منها[3].

ب - بدل الخلع

ما يجوز أن يكون بدلا في الخلع هي كل شيء صح أن يكون مهرا فإنه يصح أن يكون بـدلا في الخلع ليس له نهاية صغرى كمهر بل يجوز بالقليل والكثير من المال أو ما في حكمه[4].

أما إذا خالع المسلم زوجته علي خمر أو خنزير فلا شيء للزوج فيقع الطلاق لبطلان العوض[5].

وقد اختلف الفقهاء في بدل الخلع إذا كان مجهولا أو حراما

1- وذهب الظاهرية والشيعة الإمامية وأبو بكرمن فقهاء الحنابلة ذهبوا إلى عدم جوازه وأنـه عقد باطل.

وذهب الجمهور إلى جوازه واختلفوا فيما يلزم كبدل على النحو التالي:

ذهب الأحناف إلى أنه كل ما لا يصلح مهرا لحرمته كالخنزير والخمر لا يصح بدلا للخلـع ، وتقع الفرقة بينهما ولا شيء على المرأة وهو قول لدى الشيعة.

جاء في فتح القدير: « وإن بطل الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فـلا شيء للزوج والفرقة بائنة ».

1- وذهب المالكية: إلى إن كان العوض خمرا أو خنزيرا بطل العوض وبانت منه، وإن كـان البدل مجهولا جاز الخلع ولزم العوض ..جاء في المدونة: « ... لأن مالكا قال في كل صفقة وقعـت بالصلح فيها حلال وحرام، وأن الخلع جائز والحلال منها يثبت والحرام باطل ».

2 - وذهب الشافعية إلى أنه يثبت له مهر المثل.

---

1 - سورة البقرة، جزء من الآية 229 .

2 - **الفرقة بين الزوجين**: ص 86 .

3 - انظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص وعنه أنظر**الشرح الصغير**: ج3 ، ص320، **فتح القدير**: ج4 ، ص239 **الأم**: ج5، ص213 **الكافي**: لابن قدامى، ج2، ص768 **حاشية رد المحتار على الدر المختار**: محمد أمين ابن عابدين، ج3، ص441، 442، ط2(1386هـ) دار الفكر، بيروت 321 **المغني**: عبد الله بن قدامة، ج7، ص289،288 .

4 - انظر/الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية محمد محي الين عبد الحميد ص333 وأحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ص363.

5 - أنظر/ أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ص363 وشرح قانون الأحوال الشخصية السوري ص61.

3 - أما الحنابلة فيصح الخلع – عندهم – على عوض مجهول في ظاهر المذهب وقيل لا يصح، وإذا لم يستحق شيئا من العوض المسمى كان كالخلع بغير عوض.

والأحسن لهذا المذهب الحنبلي أنه لو قالَ لا يقع الطلاق لفساد التسمية، أو قال يقع الطلاق، ولا يلزم هذا البدل بعينه بل ترد إليه ما أخذت من مهر لكان أقرب إلى ما ذهبوا إليه.

والحقيقة أن الفرقة هنا مقابل بدل، ولولا البدل ما قبل الزوج الفراق، وعليه يكون رأي الشافعية في هذا أولى، الذي يقضي بلزومها بمهر المثل والله أعلم[1].

ج - التوكيل في الخلع

يصح التوكيل من كل واحد من الزوجين أو من أحدهما، منفردا وكل من صح أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله وأما المال فلا يلزم إلا إذا التزم به الوكيل من ماله أو قبلت المرأة وكانت أهلا للقبول للالتزام بالمال وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافا وهكذا يقول عبد الله ابن قدامه[2].

الخلع بدون بدل

الأصل في الخلع أن المرأة تدفع بدلا لزوجها مقابل الطلاق، فإن وقع الخلع بصيغته لكن لم يذكر البدل كأن يقول لها خالعتك فتقول قبلت فهل يصح هذا الخلع من غير بدل؟

- ذهب الأحناف إلى أن الخلع بغير عوض لا يكون خلعا وإنما يكون طلاقا بكناية من كنايات الطلاق إذا نوى به الطلاق ويكون بائنا حتى لو قال: خالعتك ينوي الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا[3].

أما المالكية فالخلع عندهم نوعان:

1 - خلع ببدل.

2 - وخلع بدون بدل: وهو ما تكون الصيغة فيه بلفظ الخلع أو المبارأة أو الصلح أو المفاداة، فإنا تسمى خلعا ولو كانت بدون عوض، ولا يلزم فيها شيء من البدل بل يقع طلاق بائن[4].

---

[1] - أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص وعنه أنظر **المدونة الكبرى**: للإمام مالك، ج5، ص355 **مغني المحتاج**: محمد الخطيب الشربيني، ج3، ص268، دار الفكر، بيروت **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل**: عبد الله بن قدامه، تحقيق: زهير الشاويş ، ج2، ص777 وما بعدها، ط5 (1408هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت أبو بكر زيد بن أبي الحسن الجراعي الدمشقي فقيه حنبلي، له غاية المطالب في معرفة المذاهب، توفي بدمشق سنة 883 هـ انظر/ **الأعلام**: للزركلي، ج2، ص **المحلى بالآثار**: علي أحمد بن حزم الظاهري، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، ج11، ص599، 600، دار الآفاق الجديدة، بيروت. **شرح فتح القدير**: محمد عبد الواحد السيواسي، ج4، ص219 ، ط2، دار الفكر، بيروت 63.

[2] ـ أنظر/ الشرح الكبير: ج8 ص226 والفرقة بين الزوجين ص89.

[3] ـ انظر/ **دليل الطالب**: مرعي يوسف الحنبلي، ج1، ص255، ط2 (1389هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت.

[4] ـ انظر/ **الشرح الكبير**: أبو البركات سيدي أحمد الدردير، تحقيق: محمد عليş ، ج2، ص347، دار الفكر، بيروت.

أما الشافعية، فلا بد للخلع عندهم من بدل، فإن لم يكن هناك عوض ، فهو طلاق إن نـواه، ويقع واحدة رجعية ويعتبر عندهم الخلع بدون عوض كناية في الطلاق[1].

وفي المذهب الحنبلي روايتان:

الأولى كالمالكية ، وهي تقضي بصحة الخلع من غير بدل.

والثانية أنه لا يكون خلـعٌ إلا ما كان ببـدل، وغيـره لا يكون خلعا بل طلاق إن نواه[2].

ومذهب الشافعي في هذا أقرب إلى مقصد الشارع من تشريع الخلع، فالخلع والمفاداة الأصـل فيهما أن المرأة تدفع مبلغا ماليا مقابل الطلاق، فإن فقد البدل أصبح الخلع كناية من كنايات الطلاق، فإن نوى به الطلاق وقع، وإلا ما وقع به شيء، وهذا أنسب إلى التقليل من حالات الطلاق وأصـلح لأيسر وأرفق بالرجل، لأنه إن وقع طلاق فإنما يقع رجعيا يتيح للزوج فرصة المراجعـة، ولا يلحـق بالزوجة ضررا لأن إن كان قد ضارها، فإن الضرر يخول لها حق المطالبة بالتطليق. والله أعلم[3].

المطلب الثالث: الأخذ في الخلع بأكثر مما أعطاها

اختلف الفقهاء هل يجوز للرجل أن يفاديها بأكثر مما أعطاها

ذهب جمهور الفقهاء إلى جوز ذلك إذا كان النشوز من جهتها ولا إثم عليه لعمـوم لقولـه تعالى:﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِ ﴾[4]. ((قال مالك لم أر أحدا ممن يقتدى به يمنع ذلك لكنه ليس من مكارم الأخلاق)) وأما إذا كان سبب النشـوز مـن الزوج لم يحل له شرعا أخذ شيء من الزوجة وإن أخذ شيئا وجب أن يرده إليها وإن التزمت بشيء في مقابل الخلع سقط عنها التزامها واستدلوا بقوله تعالى: ((ولا تعضلوهن لتـذهبوا بـبعض مـا آتيتموهن)) وقوله ((ولا تمسكوهن ضرارا ...)) وقال أصحاب أبي حنيفة : إن كان الإضرار مـن قبلها جاز أن يأخذ منها ما أعطاها ولا يجوز الزيادة عليه فإن ازداد جاز في القضاء وإن كان الإضرار من جهته لم يجز أن يأخذ منها شيئا فإن أخذ جاز في القضاء وقال الإمام أحمد وأبو عبيد وإسحاق بن راهويه : لا يجوز أن يأخذ أكثر مما أعطاها[5].

---

[1] ـ انظر/ **روضة الطالبين وعمدة المفتين**: يحيى بن شرف النووي، ج7، ص374، ط2 (1405هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت.

[2] ـ انظر/ **المغني**: عبد الله بن قدامة، ج7، ص257. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذاب الإمام أحمد بن حنبل**: علي سـليمان المرداوي، ج: 8 ص: 405. **كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه**: شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن محمد قاسم الحنبلي، ج32، ص300، مكتبة ابن تيمية.

[3] ـ أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص283.

[4] ـ **سورة البقرة**، الآية: 229.

[5] ـ أنظر/ تفسير ابن كثير: ج1 ص365 ونيل الأوطار: ج7 ص23 والطلاق أحمد محمود الشافعي ص64.

أ - الفرق بين الخلع والطلاق على مال

1 ـ الخلع لا يكون صفته إلا بلفظ الخلع أو ما في معناه كالافتداء أو الإبراء والطلاق على مال يكون بلفظ الطلاق صريحا أو كناية أو الخلع كأن يقول لها: خلعتك علي أن تعطيني ألف دينار فتقول قبلت وعلى هذا يكون الطلاق على مال أعم من الخلع[1].

أما من حيث الآثار فيتفقان في بعض ويختلفان في بعض:

فيتفقان فيما يلى:

1 ـ أنه لابد من قبول الزوجة في كليهما لأن كلا من الخلع والطلاق على مال معاضة والمعارضة لابد فيها من قبول من يلتزم بدفع العوض فإن وجد القبول وقع الطلاق ولزم البدل على الزوجة وإن لم يكن قبول فلا يقع الطلاق ولا لزم البدل

2 ـ يقع الطلاق بائنا في الخلع وفي الطلاق على مال من فور قبول الزوجة دفع البدل لأن الزوجة تتحمل دفعه للتخلص من ربقة الزوج ولا خلاص لها إلا بأن يكون الطلاق بائنا ولو كان رجعيا ما تخلصت من سلطان الزوج إلا بعد انقضاء العدة لأنه في أثناء العدة يملك مراجعتها ويختلفان فيما يلى:

1 ـ الخلع يسقط كل حق مالي ثابت وقت الخلع بقتضى الزوجية التى حصل الخلع منها وأما الطلاق على مال فلا يسقط هذه الحقوق

2 ـ إذا بطل البدل في الطلاق على مال بأن كان البدل خمرا أو خنزيرا أو أي شيء لا يعد من الأموال شرعا وقع الطلاق رجعيا أما إذا بطل البدل في الخلع فإن الطلاق يقع بائنا [2].

إذا وقع الخلع صحيحا، فهل يكون فسخا أو طلاقا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

القول الأول: من يرى أن الخلع طلاق.

وذهب مالك والثوري وأبو حنيفة وأصحابهم إلى أن الخلع تطليقة بائنة وهو قول الشافعي في القديم

استدلوا بـ :

1 - وبما رواه الإمام البخاري عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَن امْرَأَةَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَتَتِ النبي ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ! ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ مَا أَعْتِبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلاَ دِينٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الإِسْلاَمِ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ « أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟» قَالَتْ نَعَمْ. قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: « اقْبَلِ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا

[1] ـ أنظر/ الطلاق أحمد محمود الشافعي ص70 والأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية محمد محي الدين عبد الحميد ص339.
[2] - انظر/ نفس المراجع.

تَطْلِيقَةً » وقالوا أن لفظ الخلع لا يملكه الا الزوج فكان طلاقا ولو كان فسخا لما جـاز علـى غـير الصداق كالاقالة[1].

وجه الاستدلال: أن أمر الرسول ﷺ لثابت فيه دلالة ظاهرة على أن الخلـع طـلاق ولـيس بفسخ.

2 - وبما روي عَنِ ابْنِ عَباسٍ أن النبي ﷺ « جَعَلَ الْخُلْعَ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً »[2].

القول الثاني: من قال أن الخلع فسخ.

وذهب أحمد والشافعي في الجديد وإسحاق الخلع فرقة وليس بطلاق وهو قول داود [3].

واستدلوا:

1 - بما روي عن ابن عباس : قال إنما هو فرقة فسخ، ليس بطلاق، ذكر الله الطلاق في أول الآية وفي آخرها والخلع بين ذلك ، فليس بطلاق، " الطلاق مرتان فإمسـاك بمعـروف أو تسـريح بإحسان ".

ووجـه الدلالة على أن الله تعالى: ذكر الطلاق مرتان ثم أعقبه بالخلع فقـال:﴿ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ ﴾[4] ثم ذكر بعد الخلع تطليقـة ﴿ فـإن طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ﴾ فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا، فتعين أن يكون فسخا. وبما روي عَنِ ابْنِ عَباسٍ أن امْرَأَةَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا عَلَى عَهْدِ النبي ﷺ: فَأَمَرَهَا النبي ﷺ أَنْ تَعْتَد بِحَيْضَةٍ[5].

وجه الدلالة: لو كان الخلع طلاقا لأوجب عليها العدة، ولما لم يوجب عليها العدة دل علـى أنه فسخ وليس بطلاق.

ولعل قول الرسول ﷺ لثابت « اقْبَلِ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً » يكفي في كون الخلع طلاقـا، ونستأنس بما روي عن ابن عباس من أن النبي ﷺ جعل الخلع طلقة بائنة " ثم إنا فرقة بإرادة الـزوج فكانت طلاقا، ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصدا فراقها فكان طلاقا كما يقول ابن قدامة والله أعلم[6].

هل يحتاج الخلع إلى السلطان:

---

[1] - **أنظر/** فتح الباري ابن حجر: ج9 ص396 **وصحيح البخاري**: محمد البخاري، ج5 ، ص 2021، حد[4971]، الطلاق، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه.

[2] - أنظر سنن الدارقطني: علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي ج4 ص45

[3] - انظر **تلخيص الحبير: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني ج3 ص 204 المدينة المنورة ، 1384 - 1964 تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني** و**التمهيد: ج23 ص 371** المغني 259/7 ومجموع الفتاوى لابن تيمية 33/9-10 .

[4] - **سورة البقرة**، الآية: 229.

[5] سنن الترمذي: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي ج3 ص491.

[6] - أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص290

اختلفت فيه إلى قولين.

1 - لا يفتقر الخلع إلى حاكم نص عليه الإمام أحمد ورواه البخاري عن عمر وعثمـان ﭬ، وبه قال شريح ، والزهري وابن سيرين ويحيى بن سعيد ومالك والشافعي وإسحاق وأهل الرأي.

2 - من قال لا يجوز إلا عند السلطان ، بشر بن مروان والحسن وابن سيرين.

وعن سعيد بن المسيب قال إذا كانت ناشزا أمره السلطان أن يخلع.

وهذا صحيح لأنه إذا تراضى الزوجان عن شيء معين ووقع الخلع ، فليس للحاكم أن يرده، لأنه وقع بإرادتيهما، أما إذا تشاقا واختلفا ورفع الأمر إلى القاضي وطلبت الزوجة الخلع، فلا بد على السلطان من إنهاء المنازعات بالصلح أو الخلع.

وعليه فإذا خالع الزوج امرأته على مال تم الاتفاق عليه ثم رفع الأمر إلى القضاء للتوثيق فليس للقاضي إبطال هذا الخلع، وكيف يبطله وقد وقع طلاق بائن، كما أنه ليس للقاضي أن يترك النـاس في المشاجرات والخلافات ولا يتدخل، وقد رأينا ما كان من أمر رسول الله ﷺ مع ثابت بن قـيس حيث أمره بمخالعة زوجته، بعد رفع الأمر إليه ولنا فيه القدوة الحسنة»[1].

ب - مناقشة قانون الأسرة المالي

لقد رأينا فيما سبق دور المرأة في إنهاء الرابطة الزوجة في الفقه الإسلامي وذلـك بالافتـداء نفسها إذا قررت بأنها تبغض الحياة مع زوجها ولا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشي أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا لبغض وكذلك إذا فوضها الزوج متى كان أهلا لإيقاع الطلاق أو اشترط أن أمرها بيدها وتطلق نفسها متى شاءت وقبل الرجل ذلك سواء كان قبل العقد أو بعده.

وأما المشرع المالي سبق أن رأينا أنه نزع الطلاق من يدي الزوجين وجعله من يدي القاضـي ولا يعتبر الطلاق لا بتطليق من القاضي ولا دور لأي من الزوجين في إيقاع الطلاق وقد أشـرنا إلى ذلك فيما سبق.

وعلى ذلك نقترح على المشرع المالي أن يقدر حق المرأة في الطلاق إذا تقررت صراحة أنهـا بغضت الحياة الزوجية مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقـيم حدود الله بسبب هذا البغض وكذلك إذا تراضى الزوجان على إنهاء عقد الزواج بالخلع وأن يكـون الخلع بعوض تبذله الزوجة وأن يعتبر الخلع طلاقا بائنا وأن يشترط في الخلع أهلية الزوجة للبذل وأهلية الزوج لا إيقاع الطلاق ولا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضـانة الأولاد ولا شـيئا مـن

[1] - أنظر/ نفس المرجع وعنه أنظر المغني 255/7 ومصنف ابن أبي شيبة 116،117/5 ، والمدونة الكبرى 23/5.

حقوقهم فإن وقع صح الخلع وبطل الشرط وإذا ذكر البدل في المخالعة لزم ما سمي فقط وإذا لم يسم في المخالعة بدل طبقت أحكام الطلاق كما هو الحال في قانون الأسرة المصري[1].

[1] ـ أنظر أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون الإمام أحمد إبراهيم بك ص 1015

المبحث الثالث: إǑŀŒ الرابطة الǨوǱية بطÆĒŸ مǆ الǨوǱة

((مما لا ينبغي أن يغفل عنه، أن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية عقد مقدس، تضفى عليـه كل مظاهر التقدير والإجلال، وأن كل دواعي الفرقة التي تؤدي إلى إنهاء الحيـاة الزوجيـة ممقوتـة مبغوضة، والسبيل إليها يستصاغ عند الحاجة فقط، والإضرار بالزوجة من عدم الإنفاق وعدم العدل، والهجر في المضجع، كلها تقدر بقدرها، فإذا أعسر الزوج يوما عن النفقة فليس كاف لجواز التطليق، ومهما وجد طريق لتفادي الضرر فلا بد من سلوكه فالأيام دولة بين الناس ﴿ وتلك الأيام نداولها بين الناس ﴾ والإنسان بينهما مرة في البسط وأخرى في الشدة، ولا دوام لحال، إذ دوام الحال من المحال، وصدق الله العظيم إذ يقول: ﴿ فإن مع العسـر يسـرا إن مع العسر يسرا﴾.

وهكذا فكل فرقة وسواء كان طلاق الزوج أم خلع المرأة أم تطليق القاضي لا بد أن يقتصـر فيها على ما يحقق المصلحة ويدفع الضرر، وأن أسعد حياة، وأهنأ عيشا، في بيت ملؤه الود والوئـام، والحب والتفاهم، والتنازل من كل عن بعض الحقوق، والاعتذار والعذر، لأنه مهما يكن فالإنسـان إنسان، والخطأ ملازم له، والابتلاء يرقبه ﴿ وَنَبْلُوكُم بِالشَّرِّ وَالْخَيْرِ فِتْنَةً ﴾[الأنبياء: 35] ومـن هنـا استوجب الحذر ولزم الصبر.

وأي حياة زوجية لم تراع هذه الإحاطة فمصيرها إلى التفكك والانحـلال أو إلى الشـقاوة والإجرام، ومن راع السعادة والاطمئنان، والعيش في هناء وود ووئام أحاط حياته بهـذه الضـوابط وألزم نفسه بالصبر والحذر))[1].

وما ǑĿǱ في قانون الأسرة المالي

للزوجة حق السكن وعلى الزوج إسكانها وتوفير المعيشة لها وأن جميع ما تحتاج إليه تكـون على عاتقه بالدرجة الأولى إلا إذا كانت الزوجة تمارس التجارة وليست الأموال شيوعيا بينهما وعند تعدد الزوجات تعتبر كل واحدة منهن أسرة على حدة ومن حق الزوجة أن لا ينفق الزوج من دخلها على غيره من زوجاته وكما لها حق الاستمتاع بجميع الحقوق المدنية إلا ما منعت عنها مـن قبـل الزواج من القانون وكما لها حق في طلب التطليق إذا قصر الزوج في كفاء حقوقها.

وقد نص المقنن المالي على ذلك بموجب المادة 60.

يحق للمرأة أن تطلب الطلاق إذا رفض الزوج:

1- أكفاء حاجاتها الضرورية من الطعام واللباس والمسكن.

---

[1] - أنظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص294

2 - عدم دفع المهر في نهاية الآجال المحددة في عقد الزواج[1].

المطلب الأول: التطليق بسبب الإعسار عن النفقة

وقد عرفنا فيما سبق أن النفقة واجبة للزوجة على زوجها لأنها استحقت هذه النفقة في مقابل حق زوجها في احتباسها لمصلحة نفسه وأنها لا تسقط عنه بحال من الأحوال إلا أن تخرج عن طاعته وإذا كان الزوج يقوم بنفقة زوجته على الوجه المشروع من تلقاء نفسه لم يكن لأحد سلطان عليه وأما إذا أعسر الزوج عن النفقة، أو رفض الإنفاق عليها ولم يكن له مال ظاهر يستطيع القاضي أن يأمر بالتنفيذ بالنفقة فيه فهل للزوجة الحق في فسخ النكاح[2]؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال:

الأول: جواز التطليق بالإعسار مطلقا، وعليه المالكية، والشافعية، والحنابلة.

1- استدلوا بقوله تعالى: ﴿ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ ﴾(البقرة، الآية: 229)، والمعروف في الإمساك: أن يوفيها حقها من المهر والنفقة فإذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالإحسان وهو المعني في ذلك فإن المستحق عليه أحد الشيئين وهما الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان فإذا﴾.

تعذر الإمساك بالمعروف تعين التسريح بالإحسان (3).

وجه الدلالة: أن الإمساك مع ترك الإنفاق، ليس إمساك بمعروف فيتعين التسريح.

2 - بما روي عن أبي هريرةرضي الله عنه - قَالَ: قَالَ النبي ﷺ « أَفْضَلُ الصدَقَةِ مَا تَرَكَ غِنًى وَالْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنَ الْيَدِ السفْلَى وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ ». تَقُولُ الْمَرْأَةُ إما أَنْ تُطْعِمَنِي وَإما أَنْ تُطَلِّقَنِي. وَيَقُولُ الْعَبْدُ أَطْعِمْنِي وَاسْتَعْمِلْنِي. وَيَقُولُ الِابْنُ أَطْعِمْنِي إِلَى مَنْ تَدَعُنِي فَقَالُوا يَا أَبَا هُرَيْرَةَ سَمِعْتَ هَذَا مِنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ قَالَ لاَ هَذَا مِنْ كِيسِ أَبِى هُرَيْرَةَ(4).

وجه الاستدلال: قالوا أن المترتب على عدم الإنفاق، هو التفريق ولو لم يكن كذلك لبين الرسول ﷺ أن ليس للمرأة أن تطلب التفريق بسبب عدم الإنفاق.

---

[1] أنظر جمهورة المالي قانون الزواج والوصاية ص27.

[2] ـ أنظر/ الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية محمد محي الدين عبد الحميد ص310.

[3] ـ أنظر/ **شرح الزرقاني**: محمد بن يوسف الزرقاني، ج3، ص281، 282، ط1(1411هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت. **منار السبيل**: إبراهيم بن ضويان، تحقيق، عصام القلعجي، ج2، ص270، ط2 (1405هـ)، دار المعارف، الرياض.

[4] ـ أنظر صحيح البخاري ج5 ص2048

بما روي عَنْ أَبِى الزِّنَادِ قَالَ : سَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيبِ عَنِ الرجُلِ لاَ يَجِدُ مَا يُنْفِقُ عَلَى امْرَأَتِهِ. قَالَ : يُفَرقُ بَيْنَهُمَا . قَالَ أَبو الزِّنَادِ قُلْتُ : سُنةٌ. قَالَ سَعِيدٌ : سُنةٌ. {ê} قَالَ الشافِعي : وَالذِي يُشْبِهُ قَوْلَ سَعِيدٍ سُنةٌ أَنْ تَكُونَ سُنةً مِنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ[1].

وجه الاستدلال: أنه نص في موضع الخلاف، ويقول الإمام الشافعي الذي يشبه قول سعيد سنة، سنة رسول الله ﷺ، ومراسيل سعيد بن المسيب يحتج بها.

الثاني: عدم جواز التفريق بالإعسار، وبه قال الحنفية، والظاهرية.

1- استدلوا بقوله تعالى: ﴿ لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا ﴾[2].

قالوا إن الله سبحانه وتعالى، لم يكلفه إلا ما آتاه، وإذا لم يقدر على النفقة فلم يكلفه الله بها وبالتالي لم يجز أن يفرق بينهما لعجزه عن نفقتها.

2- وبقوله تعالى: ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله والله واسع عليم ﴾[3].

وجه الاستدلال: قالوا: إن الله سبحانه وتعالى: ندب إلى إنكاﺡ الفقير فلا يجوز أن يكون الفقر سببا للفرقة وهو مندوب معه إلى النكاﺡ.

3- وبما رواه جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ قَالَ دَخَلَ أَبو بَكْرٍ يَسْتَأْذِنُ عَلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ فَوَجَدَ الناسَ جُلُوسًا بِبَابِهِ لَمْ يُؤْذَنْ لأَحَدٍ مِنْهُمْ - قَالَ - فَأُذِنَ لأَبِى بَكْرٍ فَدَخَلَ ثم أَقْبَلَ عُمَرُ فَاسْتَأْذَنَ فَأُذِنَ لَهُ فَوَجَدَ النبِي ﷺ جَالِسًا حَوْلَهُ نِسَاؤُهُ وَاجِمًا سَاكِتًا - قَالَ - فَقَالَ لأَقُولَن شَيْئًا أُضْحِكُ النبِي ﷺ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللهِ لَوْ رَأَيتَ بِنْتَ خَارِجَةَ سَأَلَتْنِي النفَقَةَ فَقُمْتُ إِلَيْهَا فَوَجَأْتُ عُنُقَهَا. فَضَحِكَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَقَالَ « هُن حَوْلِي كَمَا تَرَى يَسْأَلْنَنِي النفَقَةَ ». فَقَامَ أَبو بَكْرٍ إِلَى عَائِشَةَ يَجَأُ عُنُقَهَا فَقَامَ عُمَرُ إِلَى حَفْصَةَ يَجَأُ عُنُقَهَا كِلاَهُمَا يَقُولُ تَسْأَلْنَ رَسُولَ اللهِ ﷺ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ. فَقُلْنَ وَاللهِ لاَ نَسْأَلُ رَسُولَ اللهِ ﷺ شَيْئًا أَبَدًا لَيْسَ عِنْدَهُ ثم اعْتَزَلَهُن شَهْرًا أَوْ تِسْعًا وَعِشْرِينَ ثم نَزَلَتْ عَلَيْهِ هَذِهِ الآيَةُ (يَا أَيهَا النبِي قُلْ لأَزْوَاجِكَ) حَتى بَلَغَ (لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُن أَجْرًا عَظِيمًا) قَالَ فَبَدَأَ بِعَائِشَةَ فَقَالَ « يَا عَائِشَةُ إِني أُرِيدُ أَنْ أَعْرِضَ عَلَيْكِ أَمْرًا أُحِب أَنْ لاَ تَعْجَلِي فِيهِ حَتى تَسْتَشِيرِي أَبَوَيْكِ ». قَالَتْ وَمَا هُوَ يَا رَسُولَ اللهِ فَتَلاَ عَلَيْهَا الآيَةَ قَالَتْ أَفِيكَ يَا رَسُولَ اللهِ أَسْتَشِيرُ أَبَوَي بَلْ أَخْتَارُ اللهَ وَرَسُولَهُ وَالدارَ الآخِرَةَ وَأَسْأَلُكَ أَنْ

---

[1] - أنظر مسند الشافعي بترتيب السندي ج0 ص1312
[2] - سورة الطلاق الآية 7
[3] - سورة النور الآية 32

لاَ تُخَيِّرَ امْرَأَةً مِنْ نِسَائِكَ بِالَّذِي قُلْتُ. قَالَ « لاَ تَسْأَلُنِي امْرَأَةٌ مِنْهُن إلا أَخْبَرْتُهَا إن اللهَ لَمْ يَبْعَثْنِي مُعَنِّتًا وَلاَ مُتَعَنِّتًا وَلَكِنْ بَعَثَنِي مُعَلِّمًا مُيَسِّرًا »[1].

وجه الدلالة:

قالوا إن ضرب أبي بكر وعمر « ابنتيهما بحضرة رسول الله ﷺ، لأجل مطالبتهما له بالنفقة التي لا يجدها يدل على عدم جواز التفرقة لرد الإعسار بها، لأنه إن كانتا محقتين ما أقرهما» على ذلك.

4- واستدلوا بحال الصحابة رضوان الله عليهم، وإنه لم يزل فيهم المعسر والموسر، وكان معسروهم أضعاف موسروهم، ولم ينقل عنه ﷺ أنه مكن امرأة واحدة من الفسخ لإعسار زوجها، ولا أعلمها أن الفسخ حقا لها، ولو كان كذلك، لوجدت ولو واحدة تطالب بحقها[2].

الثالث: عدم جواز التفريق بالإعسار إلا في حالتين وهو مذهب ابن القيم الجوزية.

1 ـ حالة قدرة الزوج على الإنفاق وامتناعه عن ذلك.

2 ـ حالة تغرير الزوج الزوجة أثناء عقد الزواج على أنه غني والحال أنه فقير.

ويقول ابن القيم في هذا الصدد: والذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة أن الرجل إذا غر المرأة بأنه ذو مال فتزوجته على ذلك فظهر معدما لا شيء له أو كان ذا مال وترك الإنفاق على امرأته ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم أن لها الفسخ وإن تزوجته عالمة بعسرته أو كان موسرا ثم أصابته جائحة اجتاحت ماله فلا فسخ لها في ذلك ولم تزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار ولم ترفعهم أزواجهم إلى الحكام ليفرقوا بينهم وبينهن وبالله التوفيق[3].

الرابع: أنه يجب على المرأة الموسرة أن ينفق على زوجها المعسر ولا ترجع عليه إذا أيسر وهو مذهب أبي محمد بن حزم[4].

ĜيDZرǩ

وما ذهب إليه ابن القيم الجوزية هو الراجح

لأن رفع الضرر عنها بالتفريق لعدم الإنفاق يعارضه الضرر ألاحق من جانبه أيضا إذا ثبت إعساره ويقول ابن القيم الجوزية: ولو تعذر من المرأة الاستمتاع بمرض متطاول وأعسرت بالجماع لم

---

[1] ـ أنظر صحيح مسلم: الإمام مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ج2 ص 1104

[2] - انظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص299 وسلطة القاضي في التفريق بين الزوجين (الشافعي عبد الرحمن) ص 55.

[3] ـ انظر/ زاد المعاد: لابن القيم الجوزية، ج5 ص456 .

[4] ـ أنظر/ أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون لإمام أحمد إبراهيم بك ص 393.

يمكن الزوج من فسخ النكاح بل يوجبون عليه النفقة كاملة مع إعسار زوجته بالوطء فكيف يمكنونها من الفسخ بإعساره عن النفقة التي غايتها أن تكون عوضا عن الاستمتاع[1].

حدود الإعسار وضوابطه

يقول علي حسب الله: « وقد اتفق الأئمة الثلاثة على جواز التفريق لعدم الإنفاق موسرة كانت المرأة أم معسرة، وعلى أن الإعسار المبيح للتفريق هو العجز عن الضروري الذي يدفع الجوع والعري من النفقة الحاضرة والمستقبلة، لا عما زاد عن هذا الضروري، ولا عن النفقة الماضية لعدم توقف الحياة على شيء من ذلك ثم اختلفوا فيما عدا هذا »[2].

ما يدخل في النفقة مما يعد سببا للتفريق عند الإعسار به:

الطعام من المأكل والمشرب.

الكسوة: وهي ما تستر المرأةُ نفسَه بها.

ولا خلاف بين الفقهاء المجيزين للتفريق للإعسار بأن الزوج إذا عجز عنهما (الطعام والكسوة) أنه يخول لها حق طلب التفريق، لأنها لا يستغنى عنها، إذ لا يقوم البدن بدونهما[3].

الإعسار بالسكن

اختلف الفقهاء فيه إلى رأيين:

الرأي الأول: يقضي بأحقيتها في الفسخ إذا عجز عن إسكانها.

الرأي الثاني: يذهب إلى عدم جواز الفسخ بسبب الإعسار عن الإسكان.

والذي نراه في هذا المقام أن السكن من وجد الرجل لازمة وهي من حقوقها لقوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُن مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُم مِن وُجْدِكُمْ ﴾[4]. فإن عجز عن إسكانها مطلقا لا بما يناسب مثلها، وإنما بما تندفع به الضرورة، فإن عدم هذا فمن حقها فسخ الطلاق أما إن وجد مسكنا (من وجده) سواء كان منفردا أو مع أهله، كبيرا أم صغيرا فليس لها حق طلب التطليق لاندفاع الضرورة بهذا، والله أعلم[5].

---

[1] ـ أنظر المرجع نفسه

[2] ـ أنظرالفرقة بين الزوجين – لعلي حسب الله – ص 136،137.

[3] - انظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص301 وعنه أنظر تكملة المجموع للمطيعي 267/18 وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 518/2 والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف 383/9، وبحوث في فرق النكاح ص 314.

[4] ـ أنظر سورة الطلاق الآية 06.

[5] - أنظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص302 و سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين ص 42،41

امϴناţ الوǯ ȸ النفقة:

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق علي زوجته وكان له مال ظاهر فإن ما عليه جمهور الفقهاء أنه إذا كـان للزوج مال أخذت منه ما يكفيها بالمعروف إن قدرت على ذلك لماروي عَنْ عَائِشَةَ أن هِنْدَ بِنْتَ عُتْبَةَ قَالَتْ يَا رَسُولَ اللهِ إن أَبا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي إلا مَا أَخَذْتُ مِنْـهُ وَهْوَ لاَ يَعْلَمُ فَقَالَ « خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ »[1].

ويقول ابن قدامة: « وإن لم تقدر رافعته إلى الحاكم، فيأمره بالإنفاق ويجبره عليه فإن أبى حبسه، فإن صبر على الحبس، أخذ الحاكم النفقة من ماله، فإن لم يجد إلا عروضا أو عقارا باعها في ذلك وبـهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور »

وقال أبو حنيفـة : « النفقة من ماله من الدنانير والدراهم ولا يبيع عرضا إلا بتسليـم، لأن بيع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه، أو إذن وليه ولا ولاية على الرشيد »[2].

وإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال وإن ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالا وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد شهرا فإن لم ينفق طلق عليه وفيه خلاف بين الفقهاء [3].

مɗ يشبǨ الϴفريĘ

إذا ثبت إعسار الزوج، واختارت الزوجة الفراق، فهل يضرب القاضي أجلا ثم يطلق؟ أو أنه يطلق في الحال؟

فمن الفقهاء من قال يضرب الأجل، فإن أنفق وإلا طلق عليه القاضي.

يروى عن حماد بن أبي سليمان أنه يؤجل سنة قياسا على العنين، وعن عمر بن عبد العزيـز قوله، اضربوا له الشهر أو الشهرين، وقال مالك الشهر ونحوه، وفي قول للشافعي أنه يؤجل ثلاثا وقيل يمهل يوما واحدا.

ولأن الله سبحانه وتعالى يقول: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾[4].

ثم أن التفريق بسبب الإعسار عن النفقة لرفع الضرر الذي يلحق المرأة من جراء العجز عـن الإنفاق عليها، وتأجيل الفسخ مدة يسيرة، ربما تمكن الزوج عن المطالبة بالتطليق وتصبر معـه حـتى يبدل الله حالهما ﴿ فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا * إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ﴾[5].

---

1 ـ صحيح البخاري: لإمام محمد بن اسما عل البخاري ج5، ص2052.

2 ـ أنظر المغني: لابن قدامة ج9 ص245 .

3 ـ أنظر/ أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ص 397.

4 سورة البقرة، الآية: 280

5 سورة الشرح، الآية: 5 ،6.

وذهب الحنابلة إلى أنه يثبت على الفور دون تأجيل وهو رأي الشافعي في القـديم والقـول المعتمد عند المالكية.

يقول ابن قدامه: « فإنه متى ثبت الإعسار بالنفقة، على الإطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ من غير إنظار وهذا أحد قولي الشافعي »[1].

واستدلوا بالأثر المروي أن عُمَرَ بْنَ الْخَطابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كَتَبَ إِلَى أُمَرَاءِ الأَجْنَادِ فِي رِجَالٍ غَابُوا عَنْ نِسَائِهِمْ فَأَمَرَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوهُمْ بِأَنْ يُنْفِقُوا أَوْ يُطَلِّقُوا فَإِنْ طَلَّقُوا بَعَثُوا بِنَفَقَةِ مَا حَبَسُوا[2].

والحقيقة أن الأثر ليس فيه ما دل على لزوم التفريق دون إمهال، والقول بعدم الإمهال معارض لقوله تعالى " فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ " وعليه فالقول بالانظار أولى بالاعتبار لما فيه من المصالح – فرصـة للزوج من جهة، ومن جهة أخرى لربما رجعت المرأة عن المطالبـة بالتفريق وفضلا عن هذا فهـو لا يلحق ضررا بأي أحد من الزوجين، والتقدير (تقدير مدة الانظار) موكول إلى القاضي يراعي فيـه الظروف والأحوال ومن ثم فلا ضرر في الانظار فتعين اعتباره . والله أعلم[3].

شروط الفسخ للإعسار بالنفقة:

إن القائلين بجواز التفريق بسبب الإعسار عن النفقة قيدوه بالشروط التالية:

1- أن يكون الزوجة قد رفعت دعوى طلب التطليق لإعسار الزوج إذ هو حـق للزوجـة وحدها وإذا رضيت بالبقاء معه على إعساره فلا سبيل لأحد أن يجبرها على مفارقته.

2- أن يكون بحكم حاكم، لأنه مُختلف فيه فافتقر إلى الحاكم.

3- أن لا تكون عالمة بإعساره وقت الزواج فإن كانت بحالته المالية وقت الزواج سقط حقها من طلب التطليق لعدم الإنفاق.

ذلك، وهذا مذهب المالكية، والأظهر من كلام الإمام أحمد، قياسا على من تزوجت عنينا ورضيت، فلا حق لها في طلب التفريق.

وذهب الشافعية والحنابلة، إلى أنه: لها حق طلب الفسخ بالإعسار بعد علمها ورضاها به. واستندوا إلى أن وجوب النفقة يتجدد في كل يوم فيتجدد لها الفسخ ولا يصح إسقاط حقها فيما لم يجب لها كالإسقاط لشفعتها قبل البيع[4].

---

1 ـ أنظر المغني: لابن قدامة ج9 ص244

2 ـ أنظر سنن البيهقي

3 انظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / ادكتور المصري مبروك ص304

4 ـ أنظر المغني: لابن قدامة ج7 ص579 والمهذب ج2 ص462 .

4 - أن لا تجد المرأة من ينفق عليها من أقربائه الذين تلزمهم نفقته، فإن وجدت فلا حق لها في الفسخ لأن الحكم بالفسخ للضرر والضرر يزول بنفقة القريب.

أما إن كانت النفقة من أجنبي.

فذهب المالكية إلى أنه لا حق لها في طلب الفسخ، لاندفاع حاجتها وقيام بدنها بما يقدم إليها.

وذهب الحنابلة والشافعية إلى التفريق:

فإذا كان الزوج هو الذي يستلم النفقة، أو يدفعها إلى المرأة لزمها قبولها ولا حق لها في الفسخ.

وإن كانت المرأة هي التي تستلم النفقة من الأجنبي ابتداء فلا يلزمها قبولها، ولها الحق في طلب الفسخ[1].

نوع الفرقة المترتبة على التفريق بسبب الإعسار

اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين

1- ذهب المالكية إلى أنها طلاق رجعي – للزوج حق المراجعة إذا أيسر في العدة، وليس له حق المراجعة إن بقي معسرا قياسا على الإيلاء، لأن كلا منهما لدفع الضرر والإيلاء طلاق رجعي، فتكون الفرقة للإعسار طلاقا رجعيا كذلك[2].

2- وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن هذه الفرقة فسخ وليست بطلاق، لأنه كما يقول الشافعي « فإن اختارت فراقه فهي فرقة بلا طلاق لأنها ليست شيئا أوقعه الزوج ولا جعل إلى أحد إيقاعه »[3].

مناقشة القانون

وقد نص المشرع المالي على حق المرأة في طلب التطليق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها ذلك بموجب المادة 60 حيث يقول:

يحق للمرأة أن تطلب الطلاق إذا رفض الزوج:

أكفاء حاجاتها الضرورية من الطعام واللباس والمسكن[4].

والمشرع المالي في هذه المادة يعطي المرأةَ الحق في طلب التطليق إذا امتنع الزوجُ عن الإنفاق عليها وهو بهذا قد وافق الفقه الإسلامي مبدئيا، حيث يرى في حالة امتناع الزوج عن الإنفاق عن

---

[1]- انظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك والوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري بلحاج العربي ص 276 والأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية محمد محي الدين عبد الحميد ص 309.

[2] - انظر/ جامع أحكام القرآن للقرطبي 126/2 وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 518/2 ،و أشرف المسالك ج1 ص143.

[3] ـ أنظر/ الأم: لإمام الشافعي ج5 ص132 ، و المغني: لابن قدامة ج7 ص604

[4] ـ انظر/ جمهورية مالي، قانون الزواج والوصايا، ص27.

زوجته حتى ما يعتبر من الضرورية في الحياة اليومية من الطعام واللباس والسكن كان لها أنْ تطالب التطليق، وهذا يوافق أقوال الفقهاء في حالة امتناع الزوج عن الإنفاق، إلا أن المقنن المالي لم يوضح القولَ في ذلك كما هو الحال في الفقه الإسلامي.

وعلى هذا نقترح على المشرع المالي اعتبار ما يلي:

1 ـ وقد رينا في الفقه الإسلامي علاج حالة امتناع الزوج عن النفقة مع القدرة وذلك بأن تأخذ المرأة من ماله ما يكفيها وولدها بالمعروف، فإن لم تستطيع أمره الحاكم بالنفقة وتعذر له، فإن أبى أخذها الحاكم من ماله إن قدر عليه، وإلا أمره بالطلاق أو طلق عليه الحاكم إن رغبت في ذلك.

2 ـ أن يفرق بين امتناع الزوج عن النفقة مع القدرة على ذلك عن إعساره بها ولعل هذا يرجع إلا أنه يجب على الزوجة الموسرة أن تنفق على زوجها المعسر حيث يقول في المادة 35 وفى حالة تعدد الزوجات تعتبر كل زوجة عائلة على حدة المرأة ملزمة بالمساهمة في أعباء العائلة إذا كانت تمارس مهنة مستقلة عن مهنة الزوج على أنه يحظر على الزوج أن ينفق من دخل إحدى زوجاته على زوجاته الأخريات[1].

وأن يعتبر الحالات التي تكون للزوجة حق طلب التطليق إذا أعسر الزوج عن النفقة بأن تكون للزوجة أن تطلب التطليق إذا أعسر الزوج عن نفقتها، ولم تكن عالمة بإعساره عند النكاح ولم ترضى به.

وأن يعتبر الزوج معسرا إذا لم يوف لها ما تدفع به الجوع والعري، أو لم يوجد لها سكنا تأوي إليه مع أهله، أو منفردا على حسب وسعه، وكذا عجزه عن العلاج وأجرة الطبيب ولا يعد معسرا إلا إذا عجز عن الضروري مما به يقوم البدن ولو من متبرع.

يمهل القاضي الزوج شهرا أو شهرين على حسب الظروف، فإما أن ينفق، وإما أن يطلق، أو طلق عليه القاضي، إن رغبت في ذلك.

للزوج حق المراجعة إذا أيسر في الغد، ولا يسمع القاضي الدعوى إلا إذا كانت من طرف الزوجة نفسها وأبدت رغبتها في الفراق، والفرقة فرقة فسخ لا طلاق.

[1] أنظر جمهورية مالي قانون الزواج والوصايا ص 19.

التفريق للإعسار بالصداق:

المهر حق للمرأة وإذا أعسر الرجل بالمهر قد تنعكس آثار الحياة الزوجية وقد يجعل التفريق دواء لا غنا عنه والمهر الذى يقصده الفقهاء والذى نيط به التفريق وعدمه هو المهر الحال لأن المهر إ ما أن يكون كله حالا أو يكون كله مؤجلا أو يكون بعضه حالا وبعضه مؤجلا فأما إذا كان مؤجلا فلا تفريـق بالإعسار به حتى ولوحل الأجل ذلك لان المرأة قد دخلت راضية بما فى ذمته وقبلت التأجيل ابتـداء وعليها بعد ذلك الأنظار حتى ميسرة فإذا أعسر بالمهر الحال فالعلماء فى جواز التفريق وعدمه ثلاثـة أراء[1]. وهذا ما نذكره بعد التعريف

ما جاء في القانون:

* عدم دفع المهر في نهاية الآجال المحددة في عقد الزواج[2].

المَهْرُ في اللغة: هو صداق المرأة و الجمع (مُهُورَةٌ) عن أجرة الفاجرة و (مَهَرْتُ) المرأة (مَهْرًا) من باب نفع أعطيتها المهر و (أَمْهَرْتُهَا) بالألف كذلك و الثلاثي لغة تميم و هي أكثر استعمالا[3].

وفي اصطلاح الفقهاء: هو المال الواجب على الرجل للمرة بسبب عقد الزواج عليها أو بسبب وطئه لها لقوله تعالى: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِن نِحْلَةً ﴾[4]. أي عن طيب نفس مـن الأزواج مـن غـير تنازع[5].

إثبات المهر

يثبت المهر بسببين الأول: العقد الصحيح يثبت المهر، إما نصف المهر إن طلقها قبل الدخول، وإمـا كامل المهر بعد الدخول أو بموت أحدهما.

الثاني: الوطء وذلك في الزواج الفاسد حيث يجب المهر بالدخول[6].

وقيل النحلة الهبة والصداق في معناها لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بصـاحبه وجعـل الصداق للمرأة فكأنه عطية بغير عوض وقيل نحلة من الله تعالى للنساء[7] وقال تعالى: ﴿ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُن فَـَٔاتُوهُن أُجُورَهُن فَرِيضَةً ﴾[النساء: 24].

وجوب المهر على الزوج

---

[1] ـ أنظر/ سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين ص103.
[2] أنظر/ ا جمهورية مالي قانون الزواج والوصايا ص 16.
[3] ـ أنظر/ المصباح المنير: ج 2 ص582
[4] ـ أنظر سورة النساء الآية 4.
[5] ـ أنظر/ تفسير القرطبي: ج5 ص25
[6] ـ أنظر/ الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية محمد محي الدين عبد الحميد ص132
[7] ـ أنظر المغني: لابن قدامة ج8 ص 3.

((قضت سنة الاجتماع المستقيمة منذ أقدم عصور الإنسانية بتقسيم العمل لإصلاح الشؤون العائلية بين الرجل والمرأة فيقوم الرجل بتحصيل المال وكسبه من الوجوه المنوعة وتقوم المرأة بـإدارة البيـت وتهيئة الطعام والإشراف على تربية ما يرزقان من أولاد لذلك كانت جميع التكاليف المالية واجبة على الرجل دون المرأة وكانت التكاليف العملية في داخل البيت من نصيب المرأة من غير أن تكون واجبة عليها لمعا راعته هذه الشريعة ومن التكاليف المالية الواجبة على الرجل المهر والنفقات بجميع أنواعها وهذا هو الموافق لسنة الله في خلقه وهو الموافق لطبائع الجنسين جميعا فإن الرجل بمقتضى ما منحه الله من قوة وصلابة أعضاء قادر على السعي والاكتساب والمرأة بمقتضى ما منحها الله من جلادة وصـبر وطول أناة مستطيعة أن تبقى في البيت تهيء فيه أسباب الراحة لزوجها ولأولادها هذه هي القسـمة الطبيعية التى توجبها الفطرة القويمة والتى تتطابق مع سنة الكون العادلة وكل شيء يقال أو يموه به غير هذا التقسيم العادل فإنه من نزوات الطبائع المنكوسة التى لا تسير مع فطرة الله الـتى فطـر النـاس عليها))[1].

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا أعسر الزوج بالمهر في الحال إلي ثلاثة أقوال:

1 ـ عدم جواز التفريق بسبب الإعسار عن المهر طلقا، سواء كان الإعسار قبل الـدخول أم بعده.

وإليه ذهب الظاهرية وبه قال الشافعية، ورواية عند الحنابلة، وهو ذهب الحنفية تأسيسا علـى عدم التفريق للإعسار واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾[2].

ووجه الدلالة، واضح من أمر الله تعالى، بإنظار المعسر حتى يوسع الله عليه.

وقالوا بأن الصداق فضلة ونحلة وليس هو المقصود في النكاح، بدليل أن النكـاح لا يفسـد بفساده، بل يصح من غير ذكره.

2 ـ جواز التفريق به مطلقا، أعسر قبل الدخول أم بعده وبه قال بعض الشافعية، وقول لدى الحنابلة.

ودليلهم هو: أنه تعذر عليها تسليم العوض والمعوض باق لحاله فكان لها الرجوع إلى المعوض، كما لو أفلس المشتري بالثمن والمبيع باق بحاله.

3 ـ يرى أنه إن أعسار بالمهر قبل الدخول فإن لها حق الفسخ، أما إذا كان الإعسار بعـد الدخول فليس لها وهذا مذهب المالكية وقول لدى الحنابلة وبه قال الشافعية.

[1] أنظر/ الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية محمد محي الدين عبد الحميد ص134
[2] ـ سورة البقرة 280.

ودليلهم: قالوا أن لها الفسخ قبل الدخول فإنه عجز عن تسليم العوض، مع بقاء المعوض، فأشبه ما إذا لم يقبض البائع الثمن حتى حجر على المشتري لإفلاسه والمبيع باق بعينه فله أن يسترده من المشترى.

والقول بأنه ليس لها بعد الدخول، لأن الوطء بمثابة الإتلاف للبضع فأشبه تلف المبيع فيصير العوض دينا في الذمة[1].

الترجيح

ويمكن القول بأن ما ذهب إليه مالكية من القول بالتفريق قبل الدخول وعدمه بعد الدخول لأن الضرر الذى يلحق الزوجة بالإعسار عن الصداق يأثر على الحياة الزوجية وذلك باستمرار الخلاف حول المهر ومن باب سد ذرائع أن يعطى المرأة حق الفسخ لأن لا يبدع حياتها الزوجية بالنزاع والخلاف لأن هما يرثان الكراهية والبغض والزواج موضع محبة ورحمة والله أعلم

ويقول الدكتور مصر مبروك ((أما عن القول بجواز التفريق قبل الدخول، وإن كان نصف الصداق يثبت بالعقد الصحيح (مادام مسمى) وعليه فقد ثبت في الذمة فلا بأس من هذه الجهة في الأمر بإنظار المعسر إلى الميسرة ولكن كيف يكون الإقبال على هذه الحياة الزوجية، التي بدأت بإعسار الزوج عن المهر؟ قد يحدث في نفس المرأة شيء، وأننا نتخرج في مستقبل هذه الحياة، خاصة إذا كان إعسار الزوج ناتجا عن إفلاسه، ولا عمل له أو لا يستطيع العمل فإن القول بعدم الفسخ في مثل هذه الحال، قد يؤدي بنا إلى الدوران في حلقة مفرغة لأننا بعد الدخول به قد يعجز عن نفقتها ونعطيها حق الفسخ لهذا.

ومن هنا فإذا كان الإعسار ناتجا عن إفلاسه ولا عمل له أو لا يستطيع العمل فللمرأة حق الفسخ قبل الدخول، فإن كان إعساره ناتجا عن سرقة أو تلف ماله لسبب ما وهو يعمل أو يقدر على العمل فليس لها حق الفسخ، والله أعلم.

أما قياس النكاح على البيع والإجارة، فلا يصح، لأن المقصود من الثمن في البيع والإجارة - كما يقول د. المرسي -: هو كل مقصود المتعاقدين، بخلاف المهر الذي هو هبة وعطية من الزوج أوجبها الله للمرأة، وليس هو المقصود منه، ولذا يصح النكاح مع فساد المهر وترك ذكره وليس كذلك البيع، فكان قياسا مع الفارق، والله أعلم.

شروط الفسخ بالإعسار عن المهر:

---

[1] انظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / الدكتور المصري مبروك ص311و/ سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين ص104.

يشترط فيه ما يلي:

1 ـ أن لا تكون عالمة بإعساره قبل العقد.

2 ـ أن يكون الفسخ بحكم حاكم.

3 ـ عدم رضاها بإعساره فإن رضيت فلا فسخ.

4 ـ أن تطالب به لأنه حقها.

5 ـ أن يثبت إعسار الزوج فإن كان له مال أخذ منه ولا فسخ.

نوع الفرقة التي تقع بالإعسار عن المهر:

اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

منهم من عده طلاقا، ومنهم المالكية حيث أوجبوا لها نصف المسمى، تأخذه منه إذا أيسر.

ومنهم من عده فسخا وعليه الشافعية وهذا هو الراجح، لأنه لم يوقعه الزوج ولم يجعل لأحد إيقاعه فكان فسخا))[1].

مناقشة القانون

المشرع المالي لم يخرج عن إطار الفقه الإسلامي في وجوب الصداق للزوجة من حيث يرى لزومه عند عقد النكاح كاملا أو بعده وقد نص على ذلك في المادة:(24) بقوله أما إذا كان الصداق قد دفع كاملا أو لم يدفع و كذلك المهلة المقررة لذلك[2].

إلا أنه حدد الصداق بقدر لا يتجاوز عنه حيث يقدر مهر الفتاة بعشرين ألف فرنك وعشرة آلاف فرنك في الثيب وإن كان الواقع يخالف ذلك والنص على ذلك في المادة: 3 بقوله إن الصداق والهدايا، عند ما تقتضيها الأعراف، لا يجوز لقيمتها معا أن تزيد على مبلغ 20 ألف فرنك فيما يخص الفتاة و10 آلاف فرنك فيما يخص المرأة[3].

وهذا يخالف لما جاء في كتاب الله وقد روى مثل هذا عَنِ الشَّعْبِيِّ قَالَ: خَطَبَ عُمَرُ بْنُ الْخَطابِ ﷺ الناسَ فَحَمِدَ اللهَ تَعَالَى وَأَثْنَى عَلَيْهِ وَقَالَ: أَلاَ لاَ تُغَالُوا فِي صَدَاقِ النِّسَاءِ، فَإِنَّهُ لاَ يَبْلُغُنِي عَنْ أَحَدٍ سَاقَ أَكْثَرَ مِنْ شَيْءٍ سَاقَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ أَوْ سِيقَ إِلَيْهِ إلا جَعَلْتُ فَضْلَ ذَلِكَ فِي بَيْتِ الْمَالِ. – وكان المسلمون يعجلون الصداق قبل الدخول لم يكونوا يؤخرونه إلا أمرا نادرا – ثُم نَزَلَ فَعَرَضَتْ لَهُ امْرَأَةٌ مِنْ قُرَيْشٍ، فَقَالَتْ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ! أَكِتَابُ اللهِ تَعَالَى أَحَق أَنْ يُتبَعَ أَوْ قَوْلُكَ؟ قَالَ: بَلْ كِتَابُ اللهِ تَعَالَى فَمَا ذَاكَ؟ فَقَالَتْ: نَهَيْتَ الناسَ آنِفًا أَنْ يُغَالُوا فِي صَدَاقِ النِّسَاءِ وَاللهُ تَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ (

---

[1] - انظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص 313.

[2] أنظر جمهورية مالي قانون الزواج والوصايا ص 16

[3] ـ أنظر المرجع نفسه ص8

وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا) فَقَالَ عُمَرُ ﷺ: كُلُّ أَحَدٍ أَفْقَهُ مِنْ عُمَرَ مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى الْمِنْبَرِ فَقَالَ لِلنَّاسِ: إِنِّي كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ أَنْ تُغَالُوا فِي صَدَاقِ النِّسَاءِ، أَلَا فَلْيَفْعَلْ رَجُلٌ فِي مَالِهِ مَا بَدَا لَهُ. وفي رواية: فرجع عمر إلى قولها وقال: امرأة أصابت ورجل أخطأ[1].

جاء النص في المادة (60) منه أن للمرأة حق في طلب التطليق عند عدم دفع المهر في نهاية الآجال المحددة في عقد الزواج وقد رأينا اختلاف الفقهاء في التطليق بالإعسار عن المهر من بين جائز مطلقا وعدم الجواز مطلقا وعدم الجواز بعد الدخول والجواز قبل الدخول وهو يوافق القائلين بالجواز مطلقا إلا أنه أطلقه بلا قيد ولا شرط.

المطلب الثاني: التطليق بسبب عدم الكفاءة

تعريف الكفاءة:

الكفاءة في اللغة: والمصدر الكَفَاءةُ بالفتح والمد وتقول لا كِفَاء له بالكسر وهو في الأصل مصدر أي لا نظير له والكُفْءُ النظير والمُساوي ومنه الكفَاءَةُ في النكاح وهو أن يكون الزوج مُساوياً للمرأَة في حَسَبِها ودِينِها وَنَسَبِها وبَيْتِها وغير ذلك[2].

وفي الاصطلاح: الكفاءة هو كون الزوج نظير للزوجة « هي المساواة بين الزوجين في أمور يعتبر الإخلال بها مفسدا للحياة الزوجية »[3].

ما يخل بها في القانون

1 - زني الزوج

2 - الإدمان على السكر

اعتبارها عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في اعتبار الكفاءة في النكاح على قولين:

القول الأول: يقضي بعدم اعتبارها أصلا، فما دام الزوج مسلما فهو كفء لكل امرأة ولو كانت بنت الخليفة الهاشمي، فالفاسق الذي بلغ الغاية في الفسق - المسلم – ما لم يكن زانيا -كفء للمسلمة الفاضلة وبذا يقول ابن حزم والثوري والكرخي من الحنفية[4].

القول الثاني: وهو قول جمهور الفقهاء، ويذهبون إلى اعتبارها في النكاح: الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعة، و إن اختلفوا في الأوصاف التي تعتبر والتي لا تعتبر.

---

[1] ـ سنن البيهقي الكبرى: أبو بكر، ج7، ص233، حد[14114] قال الهيثمي: هذا منقطع. مجمع الزوائد: للهيثمي، ج4، ص284، قال الهيثمي: رواه أبو يعلي في الكبير وفيه ضعف، وقد وثق. وانظر/ مجموع الفتاوى: لشيخ الإسلام بن تيمية ج35 ص385

[2] ـ أنظر لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ج1ص139 .

[3] ـ أنظر التعريفات: علي بن محمد بن علي الجرجاني ج1 ص237 و الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص 136.

[4] - انظر المحلى ، 11 /208 ، وبدائع الصنائع 2 /317.

ويقول الإمام الشافعي –رحمه الله تعالى- : « إن أصل الكفاءة مستنبط من حديث بريرة كان زوجها غير كفء لها فخيرها رسول الله ﷺ[1].

الأدلـــــة:

أدلة الجمهور: واستدل الجمهور بالأدلة التالية:

1- استدلوا بقوله تعالى: ﴿ أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون ﴾[2]. وقالوا الكفاءة معتبرة في خمسة أشياء الديانة فلا تزوج عفيفة بفاجر لأنه مردود الشهادة والرواية وذلك نقص في إنسانيته فليس كفئا لعدل قال تعالى: ﴿ أفمن كان مؤمنا من كان فاسقا لا يستوون﴾.

فإذا انتفت المساواة بالنص انتفت الكفاءة تبعا لها. فلا يكون الفاسق كفئا للعفيفة المسلمة[3].

2- بحديث بريرة الذي رواه الإمام أحمد في مسنده: عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَن زَوْجَ بَرِيرَةَ كَانَ عَبْداً أَسْوَدَ يُسَمى مُغِيثاً - قَالَ - فَكُنْتُ أَرَاهُ يَتْبَعُهَا فِي سِكَكِ الْمَدِينَةِ يَعْصُرُ عَيْنَيْهِ عَلَيْهَا - قَالَ - وَقَضَى فِيهَا النبي ﷺ أَرْبَعَ قَضِياتٍ إِن مَوَالِيَهَا اشْتَرَطُوا الْوَلاَءَ فَقَضَى النبي ﷺ الْوَلاَءَ لِمَنْ أَعْتَقَ وَخَيرَهَا فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَأَمَرَهَا أَنْ تَعْتَد - قَالَ - وَتُصُدقَ عَلَيْهَا بِصَدَقَةٍ فَأَهْدَتْ مِنْهَا إِلَى عَائِشَةَ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لِلنبِي ﷺ فَقَالَ « هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ وَإِلَيْنَا هَدِيةٌ »[4].

3- بما رواه الترمذي: عَنْ أَبِى حَاتِمٍ الْمُزَنِي قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ « إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَأَنْكِحُوهُ إِلا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الأَرْضِ وَفَسَادٌ ». قَالُوا يَا رَسُولَ اللهِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ قَالَ « إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَأَنْكِحُوهُ ». ثَلاَثَ مَراتٍ. قَالَ أَبُو عِيسَى هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ. وَأَبُو حَاتِمٍ الْمُزَنِي لَهُ صُحْبَةٌ وَلاَ نَعْرِفُ لَهُ عَنِ النبِي ﷺ غَيْرَ هَذَا الْحَدِيثِ[5].

وقال ابن قدامة ولأن الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية غير مأمون على النفس والمال مسلوب الولاية ناقص عند الله وعند خلقه قليل الحظ في الدنيت والآخرة فلا يجوز أن يكون كفؤا لعفيفة ولا مساويا لها

لكن كفؤا لمثله فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمروءات

والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء قال قلت وما الأكفاء ؟ قال في الأحساب رواه أبو بكر عبد العزيز بإسناده ولأن العرب يعدون الكفاءة

---

[1] ـ انظر/ المغني: ابن قدامة ج7 ص374 .

[2] ـ سورة السجدة – الآية 18

[3] ـ أنظر منار السبيل: إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ج 2 ص 147

[4] أنظر مسند الإمام أحمد بن حنبل

[5] أنظر سنن الترمذي: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي ج3 ص395

في النسب ويأنفون من نكاح الموالي ويرون ذلك نقصا وعارا فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف ولأن في فقد ذلك عارا ونقصا فوجب أن يعتبر في الكفاءة الدين[1].

أدلة ا[illegible] و[illegible] مع[illegible]:

1- يقول الله تعالى: ﴿ إِنَمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ ﴾[2].

والأخوة تقتضي المساواة فيما بينهم ومكافأة بعضهم لبعض. فلا فرق بين مؤمن ومؤمن إلا بالتقوى. ولذلك يقول تعالى: ﴿ إِن أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللهِ أَتقَاكُمْ ﴾[3].

2- و روي أن بلالا رضي الله عنه خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجوه فقـال لـه رسول الله ﷺ قل لهم إن رسول الله يأمركم أن تزوجوني أمرهم رسول الله ﷺ بالتزويج عند عـدم الكفاءة و لو كانت معتبرة لما أمر لأن التزويج من غير كفء غير مأمور به.

وقد جاء في خُطْبَةِ رَسُولِ اللهِ ﷺ فِي وَسَطِ أيامِ التشْرِيقِ فَقَالَ: «يَا أَيهَا الناسُ أَلاَ إِن رَبكُمْ وَاحِدٌ وَإِن أَباكُمْ وَاحِدٌ أَلاَ لاَ فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى أَعْجَمِيٍّ وَلاَ لِعَجَمِيٍّ عَلَى عَرَبِيٍّ وَلاَ لأَحْمَرَ عَلَى أَسْوَدَ وَلاَ أَسْوَدَ عَلَى أَحْمَرَ إِلا بِالتقْوَى أَبَلَغْتُ »...الحديث[4] و هذا نص، ولأن الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع كان أولى الأبواب بالاعتبار بها[5].

فاعتبار التفاوت بين المسلمين بغير التقوى مناقض للنص.

3- روي عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ أن رَسُولَ اللهِ ﷺقَالَ :«يَا بَنِي بَيَاضَةَ أَنكِحُوا أَبَا هِنْدٍ وَانكِحُوا إِلَيْهِ ». قَالَ: وَكَانَ حَجاماً[6].

4 – وما روي عَنْ أَبِى بَكْرِ بْنِ أَبِى الْجَهْمِ بْنِ صُخَيْرٍ الْعَدَوِىِّ قَالَ سَمِعْتُ فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ تَقُولُ قَالَ لِي رَسُولُ اللهِ ﷺ « إِذَا حَلَلْتِ فَآذِنِينِي ». فَآذَنْتُهُ فَخَطَبَهَا مُعَاوِيَةُ وَأَبُو الْجَهْمِ بْنُ صُـخَيْرٍ وَأُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ « أَما مُعَاوِيَةُ فَرَجُلٌ تَرِبٌ لاَ مَالَ لَهُ وَأَما أَبُو الْجَهْمِ فَرَجُلٌ ضَرابٌ لِلنسَاءِ وَلَكِنْ أُسَامَةُ ». فَقَالَتْ بِيَدِهَا هَكَذَا أُسَامَةُ أُسَامَةُ. فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ « طَاعَةُ اللهِ وَطَاعَةُ رَسُولِهِ خَيْرٌ لَكِ ». قَالَتْ فَتَزَوجْتُهُ فَاغْتَبَطْتُ بِهِ[7]. فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه ، فنكحها بأمره.

1- انظر/ المغني: ج7 ص374

2- سورة الحجرات - الآية10

3 سورة الحجرات الآية 13

4 - [illegible]: الإمام أحمد، ج5، ص411، حد[23536]. [illegible]: للهيثمي، ج3، ص266. قال الهيثمي: رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح.

5 أنظر بدائع الصنائع: ج2 ص623 والمعجم الكبير: سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني ج18 ص12 البيان والتبيين : أبـي عثمـان عمرو بن بحر ج1 ص229

6 أنظر سنن البيهقي الكبرى: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي ج7 ص136 و الروضة الندية: ج2 ص5 .

7 أنظر سنن ابن ماجه: محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني ج1 ص601 وقال الشيخ الألباني : صحيح.

ولو كانت الكفاءة معتبرة في النكاح، ما أمرهم الرسول ﷺ بأن ينكحوه وينكحوا إليه.

5-عَنْ عَائِشَةَ - رضي الله عنها - أن أبا حُذَيْفَةَ بْنَ عُتْبَةَ بْنِ رَبِيعَةَ بْنِ عَبْدِ شَمْسٍ وَكَانَ مِمَّنْ شَهِدَ بَدْرًا مَعَ النبي ﷺ تبنى سَالِمًا وَأَنْكَحَهُ بِنْتَ أَخِيهِ هِنْدَ بِنْتَ الْوَلِيدِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ رَبِيعَةَ وَهْوَ مَوْلًى لِامْرَأَةٍ مِنَ الأَنْصَارِ كَمَا تَبنى النبي ﷺ زَيْدًا وَكَانَ مَنْ تَبنى رَجُلاً فِي الْجَاهِلِيَّةِ دَعَاهُ الناسُ إِلَيْهِ وَوَرِثَ مِنْ مِيرَاثِهِ حتى أَنْزَلَ اللَّهُ (ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ) إِلَى قَوْلِهِ (وَمَوَالِيكُمْ) فَرُدوا إِلَى آبَائِهِمْ فَمَنْ لَمْ يُعْلَمْ لَهُ أَبٌ كَانَ مَوْلًى وَأَخًا فِي الدِّينِ فَجَاءَتْ سَهْلَةُ بِنْتُ سُهَيْلِ بْنِ عَمْرٍو الْقُرَشِيِّ ثُم الْعَامِرِيِّ - وَهْيَ امْرَأَةُ أَبِي حُذَيْفَةَ - النبي ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! إنا كُنا نَرَى سَالِمًا وَلَدًا وَقَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ مَا قَدْ عَلِمْتَ فَذَكَرَ الْحَدِيثَ[1].

وفي الحديث كما يقول الحاكم أن الشريفة تزوج من كل مسلم.

وقالوا: لو أن الكفاءة معتبرة في الشرع، لكان أولى الأبواب بالاعتبار با الدماء، لأنه يحتاج فيه ما لا يحتاج في سائر الأبواب ومع هذا لم يعتبر، حتى يقتل الشريف بالوضيع. فهاهنا أولى، والدليل عليه أنا لم تعتبر في جانب المرأة فكذا في جانب الزوج.

هذه أدلة الفريقين وان كان لنا رأي في هذا فسيأتي إن شاء الله تعالى بعد استعراض الصفات المعتبرة في الكفاءة حتى تكون النظرة أكثر شمولا، وأقرب إلى الواقع[2].

الصفات المعتبرة في الكفاءة

اتفق جمهور الفقهاء عدا محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية - الذي يقول بأن الكفاءة في الدين لا تضر إلا إذا كان الفسق فاحشا كأن يسكر في الشوارع ويهزأ به الصبيان، لأنا من أمور الآخرة على اعتبار الكفاءة في الدين (التدين، عدم الفسق والجهر به) واخلفوا فيما عداها من الأوصاف[3].

وهناك من قصرها على الدين كالمالكية على الصحيح من قول مالك رحمه الله، وفي رواية لدى الشيعة، وبه قال ابن القيم والشوكاني[4].

أما بقية الصفات فقد اختلفوا فيها على النحو التالي:

---

[1] صحيح البخاري : محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري ج5 ص1957.

[2] انظر/ انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / ادكتور المصري مبروك ص وعنه انظر بدائع الصنائع-317/2.

[3]- انظر/نفس المرجع وعنه أنظر بدائع الصنائع 318/2 ، وأسهل المدارك 76/2، ونهاية المحتاج 255/6 ، وما بعدها ، والمغني 511/6 ، والبحر الزخار 48/4 ، والأحكام الجعفرية ص6 2 و بداية المجتهد: ج1 ص681

[4]- انظر أسهل المدارك 76/2 ، والشرح الكبير على الدسوقي ، 248/2، والبحر الزخار 48/4 والسيل الجرار للشوكاني 290/2 ، وزاد الميعاد 159/5 .

1 - **مذهب الأحناف**: تعتبر الكفاءة عندهم في النسب والحرية والمال باتفاق المذهب واختلفوا في الحرفة والغنى.

فإذا زوجت العاقلة البالغة نفسها من غير إذن وليها من غير كفء. فعلى القـول الصـحيح عندهم أن الزواج يقع صحيحا غير لازم، فإن رضي به الأولياء لزم، ولو رضي بعض الأولياء سقط حق الباقين في قول أبو حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يسقط.

وفي رواية عندهم، إن زوجت نفسها من غير رضا وليها بالزواج قبل العقد فلا ينعقد الزواج أصلا، ولا ينفع الرضا بعد العقد[1].

2 - **مذهب المالكية:**

والكفاءة - عندهم - تعتبر بالدين والخلق، ولا تعتبر بالمال والنسـب ولا بالحريـة علـى المنصوص في المذهب.

فالحرة ذات المال والجاه لها ترك حقها من الكفاءة وتزوج بالعبد والفقير إذا اتفقـت هـي ووليها.

وكذلك المولى كفء للعربية، وغير الشرف كفء للشريفة، والأقل جاها كفء لمن هو أقوى منه جاها.

واختلف العلماء في الأكفاء في النكاح فجملة مذهب مالك وأصحابه أن الكفاءة عنـدهم في الدين وقال ابن القاسم عن مالك إذا أبى والد الثيب أن يزوجها رجلا دونه في النسب والشـرف إلا أنه كفؤ في الدين فإن السلطان يزوجها ولا ينظر إلى قول الأب والولي من كان إذا رضيت به وكان كفؤا في دينه ولم أمنع منه في قلة المال شيئا[2].

3 - **مذهب الشافعية:**

وتعتبر الكفاءة عند الشافعية في أمور خمسة:

السلامة من العيوب المثبتة للخيار، والحرية، والنسب والعبرة فيه بالآباء كالإسلام، والعفة عن الفسق فيه وفي آبائه، والحرفة. والكفاءة -عندهم - معتبرة في النكاح دفعا للعار لا لصحته مطلقا وإلا لما سقطت بالإسقاط كيفية الشروط.

وفي قول عندهم أن الفاسق إذا تاب لا يكافئ العفيفة ويذهب الأسنوي إلى القـول بثبـوت الخيار إذا تجدد الفسق[3].

---

[1] أنظر المبسوط:لإمام السرخسي ج4 ص41 وبدائع الصنائع: ج2 ص623

[2] أنظر التمهيد: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري ج19 ص163

[3] أنظر المهذب: ج2 ص426 و مغني المحتاج :ج1 ص243

4 - مذهب الحنابلة:

اختلفت الرواية عن أحمد في الأوصاف المعتبرة في الكفاءة:

فقيـل هي اثنان: " الديـن، والنسب (وهى الحسب والنسب) وقيـل خمسـة : الـدين والنسب والحرية والصناعة واليسار.

فإذا رضيت المرأة والأولياء بغير الكفء:

فقيل لم يصح الزواج لفوات الشرط - ولأنها (الكفاءة) حق لله تعالى ولهم فقد روي عـن أحمد، أنه إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وبه قال سفيان.

وعنه أيضا: في الرجل يشرب الشراب ما هو بكفء لها يفرق بينهما، وقال: لو كان المتزوج حائكا فرقت بينهما.

وقيل في الرواية الثانية عن أحمـد أنها (الكفاءة) ليسـت شرطا في النكاح (أي ليسـت شرطا للصحة بل شرطا للزوم) وهي أصح الروايتين عن أحمد، وبهذا قال أكثر أهل العلم روي نحـو هذا عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سليمان وابن سـيرين ومالك والشافعي وأصحاب الرأي.

وعلى هذا، فعلى القول باشتراط الكفاءة (اعتبارها شرط صحة) فيعتبر وجودها حال العقد، فإن عدمت بعده لم يبطل النكاح، لأن شروط النكاح، إنما تعتبر لدى العقد وإن كانت معدومة حال العقد فالنكاح فاسد حكمه حكـم العقود الفاسدة.

وعلى القول بأن الكفاءة ليست بشرط (صحة):

فإن رضي الأولياء والمرأة صح النكاح.

فإن لم يرضى بعضهم فروايتان عن أحمد:

الأولى : أنه باطل لان الكفاءة حق لجميعهم.

الثانية : أنه صحيح غير لازم ، ولمن لم يرض حق الفسخ وهي أصح رواية في المذهب[1].

5 - مذهب الشيعة:

فالزيدية يذهبون إلى اعتبارها في الحسب والدي، وقيل الحسب والدين والمال والصنعة وقيـل المعتبر الدين فقط، وهو ترك الجهار بالفسق وقيل بل الورع، والكفاءة حق للمرأة والولي.

---

[1] أنظر الكافي في فقه ابن حنبل: عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد ج3 ص17 ومنار السبيل: ج2 ص103 و دليل الطالب: ج2 ص103

أما الجعفرية، فيشترط عندهم للزوم النكاح، أن يكون الزوج كفؤا للمرأة نسباً وإسلاما ومالا وصلاحا وحرفة.

فإن كان غير كفء لها في شرط من الشروط المذكورة. فالنكاح صحيح ولها خيار الفسخ عند بلوغها وكذلك الكبيرة التي يزوجها وليها أو وكيلها الذي لم تصرح له بالعموم من غير كفء وهى غير عالمة بالحال، فلها خيار الفسخ. وإذا زوجت نفسها بغير الكفء فلا خيار لها إذا لم يغرها[1].

إذا كان الكفاءة شرط لزوم عند جمهور العلماء فإن ما ذهب عليه المالكية هو الراجح لاعتبارات التالية:

1 ـ فقد استدلوا لاعتبار النسب بما روى عَنْ عَبْدِ اللهِ بن عُمَرَ ﷺ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: « الْعَرَبُ بَعْضُهَا أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ قَبِيلَةٌ بِقَبِيلَةٍ وَرَجُلٌ بِرَجُلٍ وَالْمَوَالِي بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ قَبِيلَةٌ بِقَبِيلَةٍ وَرَجُلٌ بِرَجُلٍ إلا حَائِكٌ أَوْ حَجَّامٌ »[2] وبه يستدل على الصنعة.

وبما روي عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: لأَمْنَعَن لِذَوَاتِ الأَحْسَابِ فُرُوجَهُن إلا مِنَ الأَكْفَاءِ[3].

لو أن الكفاءة معتبرة في النكاح بنسب لدفع العار لا ما أمر الرسول ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامه بن زيد مولاه وهي قرشية.

فالحرية: لا مجال للحديث عنها باعتبار كل الناس أحرار في هذا الزمان.

أما السلامة من العيوب التي توجب الخيار و سنناولها في مبحث التفريق بالعيوب بما فيه الكفاية، وبقي والمال والصناعة.

أما المال: لاعتبار عرف الناس التفاضل بالمال.

ولقوله ﷺ لفاطمة بت قيس حيث أخبرته الخطابا فقال لها: « أما مُعَاوِيَةُ فَرَجُلٌ تَرِبٌ لاَ مَالَ لَهُ وَأما أَبُو الْجَهْمِ فَرَجُلٌ ضَرابٌ لِلنِّسَاءِ وَلَكِنْ أُسَامَةُ »[4].

ولأن على الموسرة ضررا في إعسار زوجها لا خلاله بنفقتها ونفقة ولدها.

بقى قول عمر ﷺ، وما أخرجه الحاكم عن عَبْدُ اللهِ بْنُ بُرَيْدَةَ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ- « إن أَحْسَابَ أَهْلِ الدنْيَا الذِينَ يَذْهَبُونَ إِلَيْهِ هَذَا الْمَالُ »[1].صحيح على شرط الشيخين.

1- انظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص وعنه أنظر البحر الزخار، ج4، ص48-51 والأحكام الجعفرية ص 27،26.

2 - **سنن البيهقي الكبرى**: أبو بكر البيهقي، ج7، ص134، حد[13547]، باب اعتبار الصنعة في الكفاءة. قال البيهقي: هذا منقطع، ورواه عثمان عن بن عمر وهو ضعيف، وروي من وجه آخر عن نافع وهو أيضا ضعيف بمرة.

خلاصة البدر المنير: عمر بن الملقن، تحقيق: حمدي عبد المجيد، ج2، ص191، حد[1954]. ط1 (1410هـ)، مكتبة الرشد، الرياض. قال ابن أبي حاتم في علله: سألت أبي عنه فقال: منكر، وقال مرة: كذب لا أصل له، وقال ابن عبد البر: منكر موضوع.

3- سنن الدارقطني - النكاح - رقم 208 – 302/3.

4 - **صحيح مسلم**: الإمام مسلم، ج2، ص1119، حد[1480].

فالحسب الذي يذهب أهل الدنيا "المال" وليس الحسب الذي ينبغي أن يتبع، لأن المؤمن ليس من أهل الدنيا، وإنما الدنيا عنده مطية إلى الآخرة، يتزود فيها ليعيش في النعيم الأبدي.

ولذلك يقول الرسول ﷺ فيما رواه عنه أبو هريرة: رضي الله عنه : كرم المؤمن دينه و مروءته عقله و حسبه خلقه.[2] صحيح على شرط مسلم.

وقد روي مثله في موطأ عَنْ عُمَرَ بْنَ الْخَطابِ قَالَ كَرَمُ الْمُؤْمِنِ تَقْوَاهُ وَدِينُهُ حَسَبُهُ وَمُرُوءَتُهُ خُلُقُهُ وَالْجُرْأَةُ وَالْجُبْنُ غَرَائِزُ يَضَعُهَا اللهُ حَيْثُ شَاءَ فَالْجَبَانُ يَفِر عَنْ أَبِيهِ وَأُمِّهِ وَالْجَرِيءُ يُقَاتِلُ عَما لاَ يَؤُوبُ بِهِ إِلَى رَحْلِهِ وَالْقَتْلُ حَتْفٌ مِنَ الْحُتُوفِ وَالشهِيدُ مَنِ احْتَسَبَ نَفْسَهُ عَلَى اللهِ[3].

فإذن، فليس حسب المؤمن الذي ينبغي أن يعتبر ماله أو صنعته أو نسبه، وإنما هو الخلق والدين.

وعلى هذا يحمل قول عمر رضي الله عنه.

وإن كان حديث: « لاَ فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى أَعْجَمِيٍّ وَلاَ لِعَجَمِيٍّ عَلَى عَرَبِيٍّ وَلاَ لأَحْمَرَ عَلَى أَسْوَدَ وَلاَ أَسْوَدَ عَلَى أَحْمَرَ إِلا بِالتقْوَى » مرسلاً فإن القرآن يعضده في قوله تعالى: ﴿ إِن أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللهِ أَتقَاكُمْ ﴾[4].

لما روى عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ بُرَيْدَةَ عَنْ عَائِشَةَ أَن فَتَاةً دَخَلَتْ عَلَيْهَا فَقَالَتْ إِن أَبِي زَوجَنِي ابْنَ أَخِيهِ لِيَرْفَعَ بِي خَسِيسَتَهُ وَأَنَا كَارِهَةٌ. قَالَتِ اجْلِسِي حَتى يَأْتِيَ النبِي ﷺ فَجَاءَ رَسُولُ اللهِ ﷺ فَأَخْبَرَتْهُ فَأَرْسَلَ إِلَى أَبِيهَا فَدَعَاهُ فَجَعَلَ الأَمْرَ إِلَيْهَا فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللهِ قَدْ أَجَزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَعْلَمَ أَلِلنسَاءِ مِنَ الأَمْرِ شَيْءٌ[5].

((وبذا نستطيع أن نقول أن الراجح في الصفات المعتبرة في الكفاءة هو الدين والخلق.

ثم إننا لا نستطيع أن ننكر اعتبار العرف الذي يرى اعتبار هذه الصفات (المال والنسب والصنعة) في الواقع. فالفاسق صاحب المال والجاه أكفأ في نظر العرف من التقي النقي معتدل الحال.

وإذا كان العرف هو المعتبر في الكفاءة – كما يقول أبو زهرة رحمة الله – يجب أن يعتبر.

وإنما يجب اعتباره في عدم الإقدام على التزويج من غير الكفء لا في فسخ النكاح بعد التزويج ، اللهم إلا إذا قلنا بصحة زواج المرأة البالغة العاقلة نفسها من غير إذن وليها فإنه

---

[1] **صحيح ابن حبان**: لابن حبان، ج2، ص474، حد[700]. مسند أحمد: الإمام أحمد، ج5، ص353، حد[23040].

[2] أنظر المستدرك:محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري ج1 ص212

[3] **- موطأ مالك**: الإمام مالك، ج2، ص463، حد[990]، كتاب الجهاد.

[4] سورة الحجرات الآية 13

[5] - انظر سنن ابن ماجه - باب من زوج ابنته وهي كارهة رقم 1874-602/7 وسنن النسائي -النكاح - باب البكر يزوجها (رقم 3269 ، 8716) وسنن الدار قطني- النكاح- رقم 45- 232/3 . وقال بأن الصحيح أن الحديث مرسل لان أبا بريدة لم يسمع من عائشة شيئا .

في هذه الحالة لqولياء إذا لم يرضوا به حـق فسـÑ النكاdz، على أن يبقـى في الحسـبان اعتبـار الأفضل في الاقتصار على الدين والخلق في النكاdz كما يذهـب إليه الحنفية.

وõالثا: أما استدل به ابن حزم والكرخي والثوري من عدم اعتبار الكفاءة أصلا فلا يسـتقيم لqسباب التالية:

1- فاستدلالهم بالآية "إنما المؤمنون إخوة" وأن اعتبار الكفاءة مناقض للآية فلا يسـتقيم لأن الكفاءة بهذا المفهوم (المماثلة في الدين والخلق) ، لا تعارô الآية بدليل أن الله سبحانه وتعالى اعتبر الأفضل من المؤمنين من كان أكثر تقوى "إن أكرمكم عند الله أتقاكم" وكذلك نفى الله سـبحانه وتعالى التساوي بين الفاسق والمؤمن "أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون".

2- أما الحديث " لا فضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى "

فالحديث ظاهر الدلالة في عدم المساواة في حالة التفاوت في التقوى فالحديث إذن حجة عليهم لا لهم.

أما حديث أبي هند وأمر الرسول ﷺ بني بياضة بأن ينكحوه، فلم يعدم أبو هنـد ﵁ عنـه التدين أو الْخلق بدليل قوله ﷺ ((وإن كان في شيء مِما تداوون به خير فالحجامة)). فالْحجامة ليست بحرفة دنيئة.

وكذلك يقال في حديث سالم المولى الذي زوجه أبو حذيفة من ابنة أخيه، فقد كـان تقيـا متدينا.

أما القياس على الدماء، فلا يستقيم لأن القصاص شرع لمصلحة الحياة وهذا الاعتبار žل بهذا المقصد أما الكفاءة في النكاdz فقد شرعت لمصلحة النكاdz باستمراره ودوامه واعتبار الكفـاءة فيـه تؤدي إلى ذلك.

وبهذا نستطيع أن Yلص إلى أن:

1- الراجح من الأقوال هو اعتبار الكفاءة.

2- الراجح اعتبار الكفاءة في الدين والخلق.

3- اعتبار العرف الجاري في الكفاءة قبل الزواج.

رابعاً: وإن كان اعتبار الكفاءة في نظر جمهور الفقهاء هو شرř ابتداء لا شرř دوام، بحيـث يجب اعتبارها عند العقد فلو فقدت الكفاءة بعد العقد فلا اعتبار لها.

وقد ذهـب الأسنوي من الشافعية إلى القول باعتبار حق الخيار إذا تجدد الفسق.

فإننا نرى أن قول الأسنوي أولى بالاعتبار، لأنه إذا تزوجت المسلمة العفيفة المتدينة من كان كفئا لها، ثم أصبح فاسقا فاجرا سكيرا عربيدا.فكيف بربك ! أن تبقى هذه العفة مع هذا الفسق !؟ فإن كـان اعتبار الكفاءة في الزواج لدفع العار – كما يقولون – فإن العار لا ينتفي عن العفيفـة المتدينـة إن بقيت تحت الفاجر الفاسق.

وإنه إن كانت المرأة تستنكف عن استفراê غير الكفء وتعير بذلك – كما يقولون، فـإن العفيفة المتدينة أكثر استنكافا عن استفراê الفاسق الفاجـر من غيرها، لأنه ليس الاستنكاف عـن الاستفراê والتعيير فقط، بل كرامتها ودينها في خطر.

وهذا يكفي لإعطاء العفيفة المتدينة حق الخيار إذا فسق زوجها، فسقا لا يحتمل كالذي يترك الصلاة ويأكل رمضان ويجاهر بالفسق، أو أن لها حق الخلع لكرهها في دينه وخلقه، وهـذا سـبب كاف لجواز الخلع بل يجب اعتباره على ولي الأمر ليعطي كل ذي حق حقه والله أعلم))[1].

منا قشة القانون

لم ىخرج القانون عن نطاق الفقه الإسلامي في اعتباره الكفاءة حيث أنه يعتـبر الكفـاءة في الأخلاق ويعطي كل واحد من الزوجين الحق في التطليق إذا ارتكب الطرف الأخر فاحشة مبينة من الزنا أو الإدمان على السكر، وقد رأينا اختلاف الفقهاء في الصفات المعتبرة في الكفـاءة وقلنـا أن الراجح من الأقوال هو اعتبار الكفاءة، و الأرجح اعتبار الكفاءة في الدين والخلق.

---

[1] - انظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص وعنه أنظر سنن أبي داود – النكاح – باب في الأكفاء رقم 2102-2/579 المغنى 510/6 بدائع الصنائع 317/2 المحتاج 255/6 وانظر بدائع الصنائع 317/2

المطلب الثالث: الضرر المخول للمطالبة بالتطليق بسبب تعدد الزوجات

عرض ما جاء في القانون

المادة: (7) لا يحق للمرأة أن تتزوج للمرة الثانية قبل فسخ الزواج الأول وتطبق الأحكام نفسها بحق الرجل الذي يختار نظام الزوجة الواحدة على أنه يحق للرجل الذي يختار نظام الزوجة الواحدة أن يعيد النظر في عقده بموافقة زوجته صراحة.

والمرأة المتزوجة إذا تزوجت برجل آخر قبل فسخ الزواج السابق تعاقب بالسجن مدة تتراوح بين 6 أشهر و3 سنوات وبغرامة تتراوح بين: (12000 فرنك سيفا، و1200000 فرنك سيفا) وتطبق الأحكام نفسها بحق الرجل الذي يختار نظام الزوجة الواحدة وبحق الرجل الذي له أربع زوجات شرعيات ويتزوج الخامسة[1].

حكم تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية

وقد شرع الله تعدد النساء للقادر العادل لمصالح جمة: منها أن في ذلك وسيلة إلى تكثير عدد الأمة بازدياد المواليد فيها ومنها أن ذلك يعين على كفالة النساء اللائي هن أكثر من الرجال في كل أمة لأن الأنوثة في المواليد أكثر من الذكور ولأن الرجال يعرض لهم من أسبب الهلاك في الحروب والشدائد ما لا يعرض للنساء ولأن النساء أطول أعمارا من الرجال غالبا بما فطرهن الله عليه ومنها أن الشريعة قد حرمت الزنا وضيقت في تحريمه لما يجر إليه من الفساد في الأخلاق والأنساب ونظام العائلات فناسب أن توسع على الناس في تعدد النساء لمن كان من الرجال ميالا للتعدد مجبولا عليه ومنها قصد الابتعاد عن الطلاق إلا لضرورة[2].

أن الشريعة الإسلامية كما هو واضح من نص القرآن الكريم لم تبح تعدد الزوجات بلا قيد ولا شرط بل اشترطت العدل. قال تعالى: ﴿ فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ﴾ والمعنى إن خفتم ألا تعدلوا بين هذه الأعداد كما خفتم ترك العدل فيما فوقها فاكتفوا بزوجة واحدة ﴿ ذلك أدنى ألا تعولوا ﴾ والمعنى ذلك أقرب من أن لا تعولوا أي لا تجوروا ولا تميلوا.

ويدخل في هذا حالة الغنى وعدم توفر شروط العدل من القدرة على الإنفاق من غذاء وسكن ولباس، وكذلك إذا لم تتوفر نية العدل، بأن يتزوج الثانية ليضر بالأولى بأن يؤثرها عليها في القسم أو غيره ويقول أستاذنا د . محمد بلتاجي: » ومحصلة القول في قضية العدل والضرورة، أن اشتراط الله سبحانه وتعالى للعدل يتضمن في حد ذاته – ودون شرط آخر- أن يكون عند الرجل

---

[1] أنظر جمهورية مالي قانون الزواج والوصايا ص 10

[2] أنظر التحرير والتنوير: ج1 ص888.

مبرر قوي مشروع لرغبته في التعداد وسواء كان هذا المبرر نفسياً أو راجعا إلى ظروف خاصة أو عامة، أما إذا كان مبرره إلى التعداد محتوياً على الظلم بأن قصد الزواج بأخرى الإضرار بزوجته الأولى والكيد لها ولأسرتها، أو قصد منه الكيد لأبنائه منها بإنجابه أولادا من أخرى يفضلهم على أبنائه من الأولى ويخصهم بثروته، فلا شك في أن التعدد حينئذ يكون محرما على الرجل، لأن مصدره في نفسه إنما هو قصد الأضرار والظلم، وقد أمر الله تعالى بالاقتصار على الواحدة عند خشية الظلم، كما أمر بإمساكها بمعروف أو تسريحها بإحسان[1].

والذي يؤخذ من مجموع نصوص القرآن والسنة أن الزوج يعتبر آثما إذا تزوج على امرأته لمجرد الإضرار بها قال تعالى: ﴿ ولا تضار وهن لتضيقوا عليهن﴾[2].

ومنه قوله تعالى: ﴿فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ﴾ مع قوله في أواخر السورة ﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ﴾ فالأولى تفهم إمكان العدل والثانية تنفيه.

والجواب أن المراد بالعدل في الأولى العدل بين الأزواج في توفية حقوقهن وهذا ممكن الوقوع وعدمه والمراد به في الثانية الميل القلبي فالإنسان لا يملك ميل قلبه إلى بعض زوجاته دون بعض وقد كان صلى الله عليه وسلم يقسم بين نسائه ثم يقول اللهم هذا قسمي في ما أملك فلا تؤاخذني بما لا أملك يعني ميل القلب[3].

وعليه فمن حق المرأة المطالبة بحقها في العدل، فإن صالحته على ما رأت منه من أثرة فذاك " والصلح خير " وإلا طالبته بحقها أو بطلاقها ولها ذلك. وهذا مذهب المالكية.

يقول ابن فرحون: « من الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه في الفراش عنها وإيثار امرأة عليها، وضربها ضرباً مؤلما، وليس من الضرر منعها من الحمام والنزهة وتأديبها على ترك الصلاة ولا فعله التسري »[4].

مناقشة القانون

نجد المشرع المالي أطلق الإباحة في تعدد الزوجات بدون شرط العدل ولم يعتبر أي ضرر يلحق بالزوجة بسبب التعدد من الضرار المادية والمعنوية وهذا يخالف تماما الفقه الإسلامي حيث رينا أن الشريعة الإسلامية أباحت تعدد الزوجات لكن في دائرة العدل والمساواة بين الزوجات فيما يملك الزوج من النفقة والقسمة في المبيت وإذا قصر الزوج شيئا من ذلك كان لزوجة أن تطلب حقها من العد إذا

---

[1]- انظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / ادكتور المصري مبروك ص329

[2] أنظر محمد رسول الله: محمد رضا ج1 ص592 و دراسات في أحكام الأسرة 727 ، 728.

[3] ـ أنظر البرهان في علوم القرآن: ج2 ص58.

[4]- مواهب الجليل 17/4 ، وانظر الخرشي 9/4 .

آثر لها غيرها أو لحقها ضرر مادي أو معنوي وإذا امتنع الزوج ولها أن تصبر أو تطلب الطلاق وتجيب لطلبها.

وكما نلاحظ أنه يعطي المرأة حقا في طلب الطلاق إذا تزوج عليها الزوج في حالـة اختـيار الزوج نظام الزوجة الواحدة عند عقد الزواج وهنا لم يخرج المقنن المالي عن نطاق الفقه الإسلامي من جانب وذلك أن الزوج اشترط على نفسه بالاكتفاء بالزوجة الواحدة ويلزمه الوفاء لأن المسلمين عند شروطهم وَقَالَ النبي ﷺ « الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ »[1]. وقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺأيضا« إن أَحَق الشرْط أَنْ يُوفَى بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ »[2].

من جانب الآخر نجده يجعل عقوبة جسدية وغرامة المالية على الزوج الذي يختار نظام الزوجة الواحدة ثم يتزوج بزوجة أخري بغير إذن الزوجة الأولى صراحة.

التفريق بإرادة الزوج

1- التفريق بالإيلاء:

تعريفه: الإيلاء في اللغة اليمين مطلقا وهو الحلف بالله سبحانه وتعالى أو غيره من الطـلاق أو العتاق أو الحج أو نحو ذلك وهو مصدر يقال آلى بمدة بعد الهمزة يؤلي إيلاء وتألى وأتلى والألية[3].

وقيل هو تأكيد الحكم وتشديده[4].

وفي الاصطلاح: الإيلاء هو اليمين على ترك وطء المنكوحة مدة مثل والله لا أجامعك أربعـة أشهر هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق القربان على ما يشق[5].

وصفته: أن يحلف الرجل على أن لا يطأ زوجته مدة معينة كأن يقول والله لا أطـؤك والله لا أقرب خمسة أشهر فيعد بذا موليا.

وأصل الإيلاء: قول الله تعالى: ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَآءُو فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[6].

وكان الإيلاء في الجاهلية نوعا من الإساءة بالمرأة، فجاء الإسلام بمعالجته ورفـع الظلم علـى المرأة، إقرارا للعدل، فأعطى الزوج المولي مهلة طالبه من خلالها بالرجـوع عمـا حلـف عنـه أو

---

[1] أنظر/ الموطأ: للإمام مالك، ج3 ص177. صحيح البخاري: للإمام البخاري، ج2، ص794.
[2] أنظر سنن النسائي: أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي ج 6 ص92 قال الشيخ الألباني: صحيح.
[3] أنظر أنيس الفقهاء: قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي ج1 ص161و المطلع: محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي أبو عبـد الله ج1 ص343و تحرير ألفاظ التنبيه: يحيى بن شرف بن مري النووي أبو زكريا ج1 ص268 .
[4] أنظر التعاريف: محمد عبد الرؤوف المناوي ج1 ص106
[5] أنظر التعريفات: علي بن محمد بن علي الجرجاني ج1 ص59 و الأحوال الشخصية لأبي زهرة 342.
[6] أنظر سورة البقرة الآية 226

الطلاق، و هل يقع الطلاق بمضي الأربعة أشهر، أو لا يقع إلا بعد الوقـف فإما أن يفيء أو يطلق، فإن أبى طلق عليه الحاكم ؟ وللعلماء في هذا رأيان[1]:

1 - وذهب الجمهور إلى أن المولي يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ولا يطالب فيهن فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته امرأة إلى الحاكم وقفه وأمره بالفيئة (و الفيء الجماع) فـإن أبى أمـره بالطلاق ولا تطلق زوجته بنفس مضي المدة.

فإن رفض الزوج الطلاق، أو أبى الفيء، فهل يطلق عليه الحاكم ؟

ذهب المالكية في مشهور مذهبهم ومذهب الشافعي في الجديد ورواية لدى الحنابلة إلى القول بتطليق الحاكم إن رفض الفيء والطلاق[2].

وذهب الظاهرية وقديم قول الشافعي إلى أن الحاكم لا يفرق بينهما وإنما يـأمره بـالفيء أو الطلاق. فإن فعل وإلا حبسه وضيق عليه حتى يفيء أو يطلق.

2 – وذهب أبو حنيفة إلى أن الطلاق يقع بانقضاء الأربعة الأشهر فهي تطليقة بائنـة إلا أن يفيء فيها[3].

جاء في فتح القدير: « وإن لم يقربا حتى مضت الأربعة أشهر بانت منه بتطليقة »[4].

وكل فريق استدل بالآية (والذين يولون) بوجه يؤيد وجهة نظره، ألا أن الرأي الجهور هـو الراجح، فقد روى عن مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنِ ابْنِ عُمَرَ إِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ يُوقَفُ حَتى يُطَلِّقَ وَلاَ يَقَعُ عَلَيْهِ الطلاقُ حَتى يُطَلِّقَ. وَيُذْكَرُ ذَلِكَ عَنْ عُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَأَبِى الدرْدَاءِ وَعَائِشَةَ وَاثْنَىْ عَشَرَ رَجُلاً مِـنْ أَصْحَابِ النبِيِّ ﷺ. وأنه بحق كما يقول علي حسب الله: « من أن التشريع في هذا المقام يرمـى إلى رفع الضرر عن المرأة مع المحافظة على الزوجية ما أمكن، ولا شك أن فتح باب الكلام مـع الـزوج عقب انتهاء المدة أنفع للمرأة وأدعى إلى بقاء الزوجية، من إيقاع الطلاق بمضيها وهذا ما يرجح رأي الأئمة الثلاثة في نظرنا »[5].

ثم إن القول بوقوع الطلاق بمضي الأربعة، قد يوقع ضررا أكبر " والضرر لا يـزال بمثلـه " كما أنه لا يزول الضرر بحبس الزوج ولا يضر به، ولا يزول الضرر إلا بإيقافـه وأمـره بـالفيء أو

[1] - انظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص

[2] أنظر فتح القدير: محمد بن علي الشوكاني والمغني: ابن قدامة ج8 ص529 و تفسير القرآن العظيم: إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء ج1 ص361 بداية المجتهد:ابن رشد الحفيد ج1 ص823.

[3] ـ أنظر المغني: ابن قدامة ج8 ص529 و بداية المجتهد: ابن رشد الحفيد ج1 ص823

[4] أنظر فتح القدير 191/4

[5] أنظر صحيح البخاري: ج5 ص2026 و الفرقة بين الزوجين ص 160.

الطلاق فإن أبى طلق عليه الحاكم إن أرادت ذلك الزوجة ، وبذا تحقق المصلحة إما يفيء الزوج وإما بطلاقه أو طلاق الحاكم[1].

وستدل الأحناف بقراءة عبد الله بن مسعود قرأ : { فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم } فإضافة الفيئة إلى المدة تدل على استحقاق الفيئة فيها وهذه القراءة إما أن تجري مجرى الخبر الواحد فتوجـب العمل وإن لم توجب كونا من القرآن وإما أن تكون قرآنا نسخ لفظه وبقي حكمه لا يجوز فيها غير هذا البتة[(2)].

نوع الفرقة التي تحدث بالإيلاء سواء وقعت بمضى المدة كما يرى الحنفيـة أو بإيقـاع بعـد الإيقاف والطلب على ما يرى الجمهور إلي رأيين:

1 ـ إليه ذهب المالكية والشافعية أنه طلاق رجعي وعند الحنابلة في رواية أنه على ما يوقعـه القاضي أن رآها واحدة رجعية فله ذلك وأن رآها أكثر من ذلك حتى الثلاث أو جعله فسخا فكـل ذلك له

ووجه الذين قالوا أنه رجعي قالوا أن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع أنه يحمل على أنه رجعي إلي أن يدل الدليل على أنه بائن.

2 ـ وإليه ذهب الحنفية ورواية عند الحنابلة أنه طلاق بائن.

ووجه هذا القول إنه يكون بائنا حتى ينقطع الضرر لأنه لا يزول إلا بذلك فأما إذا كان رجعيا لم يزل عنها الضرر لأنه بإستطاعته أن يجبرها على الرجعة حقق الفائدة من التفريق[3].

---

[1] - انظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / ادكتور المصري مبروك ص وعنه أنظر قاعدة فقهية انظر شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء –ط/1(1403-1983) دار الغرب الإسلامي ص 141

[2] أنظر زاد المعاد: محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ج5 ص310

[3] ـ أنظر سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين ص 162

2 - التفريق بسبب الظهار

الظِّهَارُ في اللغة مقابلة الظهر بالظهر يقال تظاهر القوم إذا تدابروا كأنه ولى كل واحد منهم ظهره إلى صاحبه إذا كان بينهم عداوة، وقيل هو قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أُمي[1].

وفي الاصطلاح: هو تشبيه زوجته أو ما عبر به عنها أو جزء شائع منها بعضو يحرم نظره إليه من أعضاء محارمه نسبا أو رضاعا كأمه وابنته وأخته[2].

وقد كان الناس في الجاهلية يظاهرون من نسائهم ويحرمونهن على أنفسهم على التأبيد حتى تبقى المرأة معلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة فجاء الإسلام فأنقذ المرأة من هذا الظلم والعبث بها، فحرمه الله سبحانه وتعالى حيث وصفه بأنه " منكرا من القول وزورا " ثم عاقب الزوج بمنعه من قربانها حتى يكفر بعتق رقبة فإن لم يجد فبصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطيع فبإطعام ستين مسكينا، ولم يعد هذا القول الذي وصفه بأنه " منكرا من القول وزورا " طلاقا[3].

والأصل الكتاب قوله تعالى: ﴿ الذين يظهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور، والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلك توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكين ذلك لتومنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم ﴾[4].

وفى السنة حديث خُوَيْلَةَ بِنْتِ مَالِكِ بْنِ ثَعْلَبَةَ قَالَتْ ظَاهَرَ مِنِّى زَوْجِي أَوْسُ بْنُ الصَّامِتِ فَجِئْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ أَشْكُو إِلَيْهِ وَرَسُولُ اللهِ ﷺ يُجَادِلُنِي فِيهِ وَيَقُولُ « اتقِى اللَّهَ فَإِنَّهُ ابْنُ عَمِّكِ ». فَمَا بَرِحْتُ حَتى نَزَلَ الْقُرْآنُ (قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا) إِلَى الْفَرْضِ فَقَالَ « يُعْتِقُ رَقَبَةً ». قَالَتْ لاَ يَجِدُ قَالَ « فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ». قَالَتْ يَا رَسُولَ اللهِ إِنَّهُ شَيْخٌ كَبِيرٌ مَا بِهِ مِنْ صِيَامٍ. قَالَ « فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِينًا ». قَالَتْ مَا عِنْدَهُ مِنْ شَيْءٍ يَتَصَدَّقُ بِهِ قَالَتْ فَأُتِىَ سَاعَتَئِذٍ بِعَرَقٍ مِنْ تَمْرٍ قُلْتُ يَا رَسُولَ اللهِ فَإِنِّي أُعِينُهُ بِعَرَقٍ آخَرَ. قَالَ « قَدْ أَحْسَنْتِ اذْهَبِي فَأَطْعِمِي بِهَا عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِينًا وَارْجِعِي إِلَى ابْنِ عَمِّكِ ». قَالَ وَالْعَرَقُ سِتُّونَ صَاعًا قَالَ أَبُو دَاوُدَ فِي هَذَا إِنَّهَا كَفَّرَتْ عَنْهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَسْتَأْمِرَهُ. وَقَالَ أَبُو دَاوُدَ وَهَذَا أَخُو عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ[5].

---

[1] أنظر مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي ج1 ص 407 مكتبة لبنان ناشرون بيروت، ت محمود خاطر،و النهاية في غريب الحديث والأثر: أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ج 3 ص 364و أنيس الفقهاء: علي بن محمد بن علي الجرجاني ج1 ص162

[2] أنظر التعريفات: علي بن محمد بن علي الجرجاني ج1 ص187 و التعاريف: محمد عبد الرؤوف المناوي ج1 ص493

[3] - انظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / ادكتور المصري مبروك ص336 والطلاق لأحمد محمود الشافعي ص109.

[4] أنظر سورة المجادلة الآية04

[5] أنظر سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي ج1 ص675 قال الشيخ الألباني : صحيح وبداية المجتهد: ج1 ص834

للزوج الذى يظاهر عن زوجته حالتان

الأول: أن يمتثل بما أمره الله وذلك بكفارة تحرير رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكين وبذا ينتهى حكم الظهار.

وأما إذا لم يمتثل بما أمره الله وبقى على ظهاره فلم يكفر ولم يفارق فهل يستمر الحال على ذلك أبد الدهر أم أنه يجوز أن يعامله معاملة المولي

اختلف الفقهاء في ذلك فمنهم من الحق الظهار بالإيلاء من حيث أنه ضرار بالزوجة وعلى القاضي أن يأمره بالتكفير أو الطلاق أو يحبسه حتى يفعل ذلك أو يطلق عليه على خلاف بين العلماء في ذلـك وأما الفريق الثاني فلم يلحق بالإيلاء وقصر الحكم على ما ورد في الآية[1].

وسبب الخلاف كما يقول ابن رشد: « مراعاة المعا ، واعتبار الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال لا يتداخلان ومن اعتبر المعا قال يتداخلان إذا كان القصد الضرر »[(2)].

القول الأول: وإليه يذهب المالكية والحنابلة وبعض الشافعية وبعض الحنفية والإمامة ويقضي بأن المرأة المظاهر منها إذا رفعت أمرها إلى الحاكم بعد مضي أربعة أشهر فعلى الحـاكم أن يـأمره بالتكفير والرجوع إلى زوجته، فإن أجابه فقد انتهى حكم الظهار.

فإن امتنع فللقاضي أن يطلق عليه وبذا قال المالكية والحنابلة وبعض الشافعية وإليه ذهب ابن عابدين من الحنفية[(3)].

وذهب بعض الحنفية والإمامة إلى أنه للقاضي، أن يحبس الزوج إذا امتنـع عـن الـتكفير والرجوع إلى ما ظاهر منه ويضيق عليه حتى يكفر ويفيء أو يطلق ولا يطلق عليه القاضي[(4)].

القول الثاني: وإليه ذهب الإمام الشافعي وجمهور الحنفية والأوزاعي ويقضي بأنه إذا ظـاهر الزوج من امرأته ثم تركها أكثر من أربعة أشهر فلا يطبق عليه حكم الإيلاء ولا يوقف.

يقول الإمام الشافعي: « وإذا ظاهر الرجل من امرأته ثم تركها أكثر من أربعة أشـهر فهـو مظاهر، ولا إيلاء عليه يوقف له، لأن الله تعالى قد حكم في الظهار غير حكمه في الإيلاء، فلا يكون المتظاهر مولياً بأحد القولين ولا يكون عليه بأحدهما إلا أيهما جعل على نفسه »[(5)].

وقد استدل كل فريق بأدلة منها.

---

[1] ـ أنظر سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين ص 168

[2] أنظر بداية المجتهد: ج1 ص846

[3]- انظر حاشية ابن عابدين 276/2 ومنتهى الإرادات 189،190/3 انظر أسهل المدارك 168/2.

[4] - انظر شرائع الإسلام ص 9625 وحاشية ابن عابدين 576،594/2.

[5]- الأم للشافعي 294/5 ط/2 (1983) وانظر أحكام القرآن للجصاص 307/5 أنظر الأدلة بالتفصيل في سلطة القاضي في التفريق ص 171-175.

إلا أنه مع قولـه تعالى: ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَـانٍ ﴾، وقولـه تعـالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُن بِالْمَعْرُوفِ ﴾، ووجه الاستدلال هو وجوب الإمساك بالمعروف والمعاشـرة بالحسـا فالمظاهر الذي لا يكفر ويترك زوجته بلا مضاجعة أكثر من أربعة أشهر، لا يعـد مسكا بمعـروف فتعين عليه التسريح بإحسان، فإن رفض الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان، عرفنا أنـه يريـد إمساك الزوجة على سبيل الإضرار والعنت ومن يفعل ذلك فهو ظالم لنفسه ومن يظلم نفسه يجب أن يقتصر ظلمه عليها فلا يتعداها إلي وللقاضي حينئذ أن يتدخل ليوقف هذا المعتدى عند حده إذا رفع إليه، لإزالة الظلم ورفع الضرر، لأنه متى وقع الضرر وجبت إزالته، ولا شك أن ترك الوطء بـدون عذر أكثر من أربعة أشهر إضرارا بالمرأة وأنه معتبر شرعاً قياسا على الإيلاء، وبذا فإن لامرأة المظاهر أن ترفع أمرها إلى القاضي وبعد مضي الأربعة أشهر يوقفه ويأمره بالتفكير والفيء فـإن أبى أمـره بالطلاق إن طلبته فإن أبى مع طلبها طلق القاضي عليه

وأما استدلال الفريق الثاني بقوله صلى الله عليه وسلم من أدخل في أمرنا ما ليس منه فهو رد على أن من أدخل الإيلاء على المظاهر فقد أدخل عليه ما ليس منه فيكون مر دود بنص الحديث لأن الله تعالى نص على حكم المولي بالفيء أو العزيمة على الطلاق ونص على حكم المظاهر بإيجاب الكفارة قبـل المسيس فحكم كل واحد منهما منصوص عليه فغير جائز حمل أحدهما على الآخر استدلال في غـير محله لأن الضرر إذا وقع يجب إزالته لقوله صلى الله عليه وسلم ((لا ضـرر ولا ضـرار في الإسـلام))والضرر المتحقق في المولي فهو متحقق أيضا في المظاهر والله أعلم[1].

3 - ال[illegible]فري[illegible] [illegible]ر في الم[illegible] [illegible] غير إيلاء و[illegible]ار

يرى المالكية والحنابلة أن من ترك الوطء زوجته بدون عذر ورفعته إلى القضاء، أنه من حق الزوجة أن تطلب التطليق لذلك وأنه على القاضي أن ينظر الزوج مدة الإيلاء فإما أن يطأ وإما أن يطلق أو يطلق عليه الحاكم وهذا عند الحنابلة وبعض المالكية.

وعلى الصحيح عند المالكية، أن يطلق القاضي دون ضرب الأجل ويجتهد في ذلك.

جاء في أسهل المدارك: « ... كل من ترك الوطء من غير عذر فإنه يلحق بالمولي هـو مـا في ابـن الحاجب ، وهو قول لمالك ، والمشهور خلافه ، وإنه يطلق عليه بالاجتهاد.

---

[1] - انظر انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية / لدكتور المصري مبروك ص338 و سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين ص172.

قال التسولي: " فإن ترك الوطء مع القدرة عليه تتضرر به الزوجة قصد به ضررها أم لا، وهي مصدقة في تضررها بترك وطئه كما تصدق أنا خشيت الزنا بترك وطئه إذا كل ذلك لا يعلم إلا منها ».

ويعللون ذلك: « لأن ما وجب أداؤه إذا حلف على تركه ، وجب أداؤه إذا لم يحلف على تركه كالنفقة وسائر الواجبات، لأن اليمين لا تجعل غير الواجب واجبا إذا حلف على تركه، ولأن وجوبه في الإيلاء لدفع حاجة المرأة وإزالة ضرها وذلك لا يختلف بالإيلاء وعدمه ».

وهذا، التعليل جد معقول، فإنه لا يتحقق الإمساك بالمعروف إلا بالوطء، على أنه إذا كان لعذر فلا بد من ضرب الأجل، والله أعلم[1].

[1] ـ أنظر نفس المرجع وعنه أنظر أسهل المدارك 168/2 وشرح منتهى الإرادات 190/3،189

مناقشة قانون الأسرة

لم ينص المشرع المالي على التطليق بترك الوîء وعليه نقترǳ علي المشرع المالي أن يعيد النظر في أسباب التطليق وأن هجر المرأة وتركها كالمعقة لا يقل ضررا من النفقة وعدم دفع الصداق عنـد انقضاء المهلة المذكورة وعليه أن يعتبر ما يلي:

1 – إذا هجر الزوج زوجته وذلك بترك الوîء من غير سبب أكثر من أربعة أشـهر ورفـع حكمه إلى القاضي أمر القاضي الزوج أن يرجع عن ظلمه وذلك بمعاشرة الزوجة بالإحسان وإذا امتنع الزوج عن الوîء وطلبت الزوجة التطليق طلق عليه الحاكم.

2 - إذا حلف الزوج على عدم معاشرة زوجته بما هو أكثر من أربعة أشهر يكون للزوجة حق في طلب التطليق وإذا رفعت أمره إلى القاضي أمر القاضي الزوج بالوîء فإن أبي وطلبـت الزوجـة التطليق أمره به فإن رفض طلق عليه الحاكم.

3 – إذا ظاهر الزوج من زوجته فإنه بعد مضي الأربعة أشهر يوقفه الحاكم ويأمره بـالتكفير أولا، ثم الفيء ثانيا، لأنه لا يجوز أن يأمره بالفيء قبل التكفير فإن رفض التكفير والفـيء وطلبـت الزوجة الطلاق طلق عليه الحاكم بعد أن يأمره بالطلاق.

لأن الواقع يتطلب ذلك وكل يوم نسمع في المساجد من يسأل عن حكم الظهـار، الهجـر ،الإيلاء ، ونحو ذلك من المسائل الفقهية ويفتى العلماء بكل وضوǳ ما يجب على المسلم فعله في مثل هذه المسائل من الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان ومن خاف مقام ربه ووقف عند حـدوده أخذ بأقوالهم ومن طغى وعلم أنه لا يوجد سلطة تجبره على التنفيذ تمادى في طغيانه.

الخاتمة

* فقد وقفنا من خلال البحث على نتائج ومن أهمها ما يلي:

* وقد رأينا أن الشريعة الإسلامية أجازت الطلاق إلا أنا جعلته للضرورة والضرورة تقـدر بقدرها، ويكون كعلاج نائي عند الحاجة لما قد يطرأ على الحياة الزوجية من نزاع وخصام دائمـي بين الزوجين، وإعطاء كل ذي حق حقه، وجعل الطلاق بيد الرجل، وأعطى المرأة حق طلب التطليق إذا لحقها ضرر من الزوج.

1 - جعل الطلاق بيد الرجل، وإذا طلق الرجل البالغ العاقل امرأته فإن طلاقه يقع فلا يحتـاج إلى حكم القاضي وما يقع به الطلاق من ألفاظ، ومحل الطلاق، عدد التطليقات التي يملكها الـزوج على زوجته، ومتى يكون الطلاق رجعيا، ومتى يكون بائنا، وأن الزوج أحق بزوجته مادامت في العدة إذا كان الطلاق رجعيا، وأن للمرأة الخيار بعد العدة مع عقد جديد ومهر جديد، ومتى يكون الطلاق بائنا بينونة صغري، ومتى يكون بائنا بينونة كبري.

2 - للمرأة الحق في طلب الطلاق إذا لحقها ضرر من الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشـرة وإذا ثبت الضرر ولم يفد الإصلاح بينهما أمر القاضي الزوج بالطلاق، وإذا امتنع فرق القاضي ينهما، وكما لها أن تفدي نفسها إذا بغضت الحياة الزوجية ومعه خشيت أن لا تقـيم حـدود الله وذلـك بالتنازل عن حقوقها المادية والشرعية ورد مقدم الصداق بل يدفع مال يتم الاتفاق عليه بين الزوجين.

* وأما المشرع المالي قد نزع الطلاق من الزوجين وجعله بيد القاضي دون مراعاة القاضي وما يحتاج إلى حكم القاضي وما لا يحتاج وما يقع به الطلاق من الألفاظ وما يجب للزوجة المطلقة مـن السكن والنفقة خلال العدة وعدم اعتبار طلاق الزوج إلا بحكم القاضي ووقوف صحة الطلاق على حكم القاضي التساوي في الحكم بين الطلاق الرجعي والبائن بينونة صـغرى في صـحة الرجعـة وعدمها. مما أدي إلي تعدد الأسباب التافهة التى يقبلها القضاء حتى أصبح فرصة لكـل راغـب في الطلاق.

* وعلي هذا نقترح علي المشرع المالي أن يعيد النظر في الطلاق عامة وخاصة مما يتعلق توقيف صحة الطلاق بحكم القاضي لأنه يؤدى إلى اختلاط الأنساب لأن من تزوج بامرأة قبل انقضاء العدة من الزوج الأول ورزقت ولدا في هذا لوقت والولد لزوج الأول لأن الولد للفراش وكذلك إذا رجع الرجل زوجته المطلقة بعد انقضاء العدة بدون عقد جديد فهو زان وكذلك بعد الطلاق الثالث فـلا تحل له إلا بعد أن تنكح زوجا غيره ويطلقها وتعتد منه وبعد انقضاء العدة يعقد عليها بعقد جديـد ومهر جديد.

والله نسأل التوفيق والسداد في الدارين وهو ولي ذلك والقادر عليه.

فهرس المصادر والمراجع

1 ـ القرآن الكريم مع التفاسير

1. **القرآن الكريم**: بالرسم العثماني ، على رواية حفص عن عاصم .
2. الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي المتوفى (305 – 370هـ)- **أحكام القرآن**: تحقيق: محمد الصادق قمحاوي؛ مطبعة(1405هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
3. الشنقيطي، محمد المختار ،جامع البيان في تفسير القرآن بالقرآن، دار المعرفة، بيروت، دون سنة النشر ولا رقم الطبعة.
4. الشوكاني، محمد علي محمد (ت: 1173- 1250هـ)- **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير**: تحقيق: علي محمد عمـر، الطبعـة الأولى(1396هـ)، دار الفكـر، بيروت.
5. الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير (ت310هـ) - **تفسير الطبري**، المسمى: **جامع البيـان في تأويل القرآن**؛ الطبعة الثانية(1418هـ - 1997م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
6. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر (ت671هـ)- **الجامع لأحكام القرآن**: تحقيـق: أحمد عبد العليم البرد وني؛ الطبعة الثانية(1372هـ)، دار الشعب، مصـر، القـاهرة. والطبعـة الخامسة(1417هـ - 1996م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
7. ابن كثير، الإمام الحافظ أبو الفداء إسماعيل القرشي (ت774هـ)- **تفسير القرآن العظيم**: تقديم: عبد القادر الأرناؤوط، الطبعة الأولى(1414هـ - 1994م)، دار السلام، الرياض ودار الفيحـاء، دمشق.
8. المحلي، محمد بن أحمد، عبد الرحمان بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي- **تفسير الجلالين**: الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة.

2 ـ كتب الأحاديث النبوية مع الشروح

9. البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي (ت194 – 256هـ)- **صحيح البخـاري**: تحقيق: الدكتور مصطفى ديب البغا؛ الطبعة الثالثة(1407هـ -1987م)، دار ابن كثير، اليمامـة، بيروت.

10. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي- **سنن البيهقي الكبرى**: تحقيق: محمد عبد القادر عطا، طبعة(1414هـ - 1994م)، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، المملكة السعودية.

11. الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة السلمي (ت209 – 279هـ)- **سنن الترمذي**: تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.

12. الحاكم، محمد بن عبد الله أبو عبد الله النيسابوري- **المستدرك على الصحيحين**: تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا؛ الطبعة الأولى(1411هـ - 1990م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

13. ابن حبان، محمد بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي (ت:354هـ)- **صحيح ابن حبان**: تحقيق: شعيب الأرناؤوط، الطبعة الثانية(1414هـ -1993م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.

14. الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي (ت306- 385هـ)- **سنن الدارقطني**: تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، مطبعة(1386هـ 1966م)، دار المعرفة، بيروت.

15. أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت202 – 275هـ)- **سنن أبي داود**: تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة دار الفكر، بيروت.

16. السيوطي، عبد الرحمان بن أبي بكر أبو عبد الرحمان جلال الدين (ت849 – 911هـ)- **سنن النسائي بشرح السيوطي**: تحقيق:عبد الفتاح أبو غدة؛ الطبعة الثانية(1406هـ – 1986م)، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب .

17. الشوكاني، محمد علي - **نيل الأوطار**: مطبعة (1973م) دار الجيل، بيروت.

18. ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد الكوفي (ت159 - 235هـ)- **مصنف ابن أبي شيبة**: تحقيق: كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى(1409هـ)، مكتبة الرشد، الرياض .

19. الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير (ت: 773– 852هـ)- **سبل السلام شرح بلوغ المرام**: تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، الطبعة الرابعة (1379هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

20. الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد (ت:260 – 360هـ)- **المعجم الأوسط**: تحقيق: طارق بن عوض الله وآخرون، مطبعة(1415هـ)، دار الحرمين، القاهرة، مصر.

21. الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم (ت260 – 360هـ)- **المعجم الكبير**: تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، الطبعة الثانية(1404هـ –1983م)، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، العراق.

22. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف (ت368 – 463هـ)- ƎاƅƊ ƅŵƓ ƈƓƒ ƅƊƌƅƃƄ: تحقيق، مصـطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، مطبعـة(1387هـ)وزارة الأوقـاف والشـؤون الإسلامية، المغرب.

23. عبد الرزاق، أبو بكر بن همام الصنعاني؛ تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي- مصـنƸ ƳبـƊ الرزاق: الطبعة الثانية (1403هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت.

24. العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر (ت:773هـ 869م)- ƻƬƠ البارƁ بشـرƞ ƽƇƒƍ البƷارƁ: تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعـة الأولى 1418هـ 1997م مكتبـة دار السلام الرياƭ. ودار الفيحاء دمشق.

25. ابƲ ماƞƬة، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني- سنƲ ابƲ ماƞƬة: تحقيق: محمد فـؤاد عبـد الباقي، طبعة دار الفكر ، بيروت، لبنان.

26. مالك، ابن أنس أبو عبد الله الأصبحي (ت93 – 179هـ)- موƭƘ ماƿƃ: تحقيق: محمد فـؤاد عبد الباقي، مطبعة دار إحياء التراث العربي، مصر .

27. مسلم، أبو الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت206 - 261 هـ)- ƽƇƒƍ مـƊƸƿ: تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي؛ مطبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.

28. ابن الملقن، عمر بن علي (ت723 - 804 هـ)- ƹƸƿƭة البƊر المنير في ƾƲƬƞƠ أƇاديث الشرƞ الƃبير: تحقيق: حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي، الطبعة الأولى (1410هـ)، مكتبـة الرشـد، الرياƭ.

29. المناوي، محمد عبد الرؤوف - ƼيƞƠ القƊير ƾƞƬ ƩامƲ الصƷير مƲ أƇاديـث البشـير النƊير: الطبعة الأولى(1356هـ) المكتبة التجارية الكبرى، مصر.

30. الهيثمي، علي بن أبي بكر (ت807هـ)- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: طبعة(1407هـ)، دار الريان للتراث ـ دار الكتاب العربي؛ القاهرة، بيروت.

3 ـ ƓƋƇ الفقƌ الإسلامƓ

31. الأزهري، صالƠ عبد السميع الآبي - الثمر الداني ƾƞƬ رسالة القيرواني: مطبعة المكتبة الثقافية، بيروت.

32. ابن تيمية، مجموع الفتاوى: ، مكتبة المعارف، الرباƭ، دون السنة ولا رقم الطبعة.

33. ابن تيمية، أحمد ،كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، تحقيق: عبد الرحمن محمد قاســم الحنبلي، مكتبة ابن تيمية.

34. الجزائري، أبي بكر جابر الجزائري منهاج المسلم، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائــر، دون سنة ولا رقم الطبعة.

35. الجزيري عبد الرحمان ، الفقه على المذاهب الأربعة: ج4، ص141، طبعــة (1996م)، دار الفكر.

36. ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد الظاهري (ت383 - 456هـ)- **ا‡ʔǀ باɇﺎﻠﺭ**: تحقيق لجنــة إحياء التراث العربي، مطبعة دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان.

37. الدردير، أبو البركات سيدي أحمد - **الشرƽ اﻠǾبير**: تحقيق، محمد عليȊ ، مطبعة دار الفكر، بيروت.

38. الدسوقي، محمد بن عرفة - **ǵاȊية الدسوقɄ**: تحقيق: محمد علــيȊ ، مطبعــة دار الفكــر، بيروت.

39. الزرقاء، أحمد، القواعد الفقهية–1/ȓ(1403-1983) دار الغرب الإسلامي

40. الزرقاني، محمد بن يوسف، شرƽ الزرقاني، (1411هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

41. أبو زهرة، جواهر الإكليل ، المكتبة الثقافية، بيروت، دون سنة ولا رقم الطبعة.

42. السيواسي، محمد بن عبد الواحد المتوفى(681هـ)- **Ȋرƽ فǪƵ القدير**: الطبعــة الثانيــة، دار الفكر، بيروت.

43. السيواسي، محمد عبد الواحد شرƽ فتح القدير، دار الفكر، بيروت.

44. الشافعي، محمد بن إدريس أبو عبد الله (ت150 –204هـ)- **الأȳ**: الطبعة الثانيــة (1393هـ)، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

45. الشربيني، محمد الخطيب مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت .

46. الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن (ت132 - 189هـ)- **المبȊوȓ** : تحقيــق: أبــو الوفــا الأفغاني، طبعة إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي.

47. الشيرازي، المهذب

48. ابن ضويان، إبراهيم، منار السبيل، تحقيق، عصام القلعجي، (1405هــ)، دار المعــارف، الرياȏ

49. ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ﺍ2(1386هـ) دار الفكـر، بيروت.
50. ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي(ت: 541 – 620هـ)- المغني: الطبعـة الأولى (1405هـ)، دار الفكر، بيروت.
51. ابن قدامة، أبو محمد عبد الله، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق: زهير الشـاويش ، (1408هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت.
52. القرطبي، القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد المعروف(بابن رشد) الحفيد (ت520 – 595هـ)- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: الطبعة الأولى(1420هـ - 1999م)، دار ابـن حزم، بيروت.
53. ابن القيم، محمد أبو بكر الجوزية إعلام الموقعين عن رب العـالمين دار الجيـل - بـيروت ، 1973
54. ابن القيم، الجوزية إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان تقديم وتحقيق الدكتور أحمد حجازى السقا مكتبة الثقافة الدينية.
55. ابن القيم، محمد أبو بكر الجوزية- **زاد المعاد** في **هدي خير العباد**: تحقيق: شعيب الأرناؤوط وآخر، الطبعة الرابعة عشر(1407هـ - 1986م)، مؤسسة الرسالة، بيروت؛ مكتبة المنار الإسلامية، الكويت.
56. الكاسانى، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي بدائع الصنائع دار الكتـب العـربي بيروت لبنان
57. الكشناوي، أبو بكر الحسن أسهل المدارك شرح إرشاد السالك ضبطه وصححه محمـد عبـد السلام شاهين دار الكتاب العلمية بيروت لبنان،
58. مالك، بن أنس الأصبحي- **المدونة الكبرى**: رواية الإمام سـحنون بـن سـعيد التنـوخي (ت:240 هـ) عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العُتَقِـي (ت: 191هـ)، مطبعـة دار صـادر، بيروت.
59. المرداوي علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل.
60. مرعي يوسف الحنبلي, دليل الطالب، (1389هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت.

61. النفراوي، الشيÑ أحمد بن غنيم بن سالم المالكي- **الفوا₵ الڪواني ₃Ÿ? رسالة ابѿ أÝ زيـÆ القيرواني:** مطبعة (1420هـ 2000م)، دار الفكر، بيروت، لبنان .

62. النووي، يحـ! بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، (1405هـ)، المكتب الإسـلامي، بيروت.

هـ- ÆȨ̄õ أ̀nر?:

63. إبراهيم بك، الشيÑ أحمد واصل علاء الدين أحمد إبراهيم أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون المكتبة الأزهرية للتراث 9 درب الأتراك خلف الجامعالأزهر الشريف.

64. أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة (1317هـ 1957م)، دار الفكر العـربي، بيروت.

65. أبو سريع محمد عبد الهادي وعاشروهن بالمعروف مكتبة التراث الإسلامي.

66. إليا صيف، الوجيز في الأحوال الشخصية، ، دار هومة، الجزائر، 1998م) دون رقم الطبعة.

67. بلحاج العربي قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة(2000م).

68. الجزري، أبو السعادات المبارك بن محمد النهاية في غريب الحديث والأثر

69. جمهورية مالي قانون الزواج والوصايا: إصدار وزارة العدلية، حرر وبحث في جلسة علنيـة في باماكو، 3شباr (فبراير)، سنة (1962م).

70. حسب الله، علي، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق با من عدة ونسب دار الفكر العربي

71. دلاندة يوسف قانون الأسرة، ، دار هومة، الجزائر، 1999م، دون رقم الطبعة.

72. رمضان علي السيد أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية: ، منشورات حلـƑ الحقوقيـة، دار العلوم، مصر (دون سنة ولا رقم الطبعة).

73. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته: (دار الفكر،دمشق،دون سنة) دون رقم الطبعة.

74. الزركشي تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم البرهان في علوم القرآن المكتبة العصرية بيروت لبنان

75. السمرقندي علاء الدين محمد أحمد تحفة الفقهاء 302/2، r1(1405هـ)، دار الكتـب العلمية، بيروت لبنان.

76. سيد سابق فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، (دون سنة النشر) ولا رقم الطبعة.

77. الشافعي عبد الرحمان السيد سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالإعسار والأضرار والغيبة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة حقوق الطبع محفوظة 1983ـ 1984م.

78. الشافعي، الدكتور أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب دارسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الإسلامي دار الجامعة، بيروت، (دون سنة ولا رقم الطبعة).
79. الصابوني، الدكتور عبد الرحمان شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الجزء الثاني الطلاق وآثاره الطبقة الخامسة المطبعة الجديدة دمشق.
80. الغوثي بن ملحة قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ديوان المطبوعات الجامعية.
81. كمال الدين محمد الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي: ، طبعة(1998م)، الـدار الجامعيـة، مصر.
82. مجيدي العربي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في تخصص الشريعة والقانون، جامعة أصول الدين بالعاصمة، سنة 2001-2002م.
83. محمد بلتا جى دراسات في الأحوال الشخصية بحوث فقهية مؤصلة مكبـة الشـباب 26 اسماعيل سرى بالمنيرة.
84. محمد حسا إبراهيم سليم حقوق الزوجة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنـة الطبعـة الأولى 1403هـ 1983 درب الأتراب بالأزهر .
85. محمد رأفت عثمان الحقوق الزوجية المشتركة في الفقه الإسلامي الطبعة الأولى 1400هـ ـ 1980م ذار الكتاب الجامعي 8 سليمان الحلبي الو فيقية ت: 986541 القاهرة.
86. المصري مبروك دراسة تحليلية لباب انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية، ،رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير بجامعة القاهرة.
87. المهدي الدين الله أحمد بن يحي بن المتفي البحر الزخار الجامع لمذهب علمـاء الأمصـار دار الكتب العلمية بيروت لبنان
88. نصر سليمان وسعاد سطحي أحكام الطلاق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة الواردة الأمر رقم 05 ـ 02 دار الفجر للطباعة والنشر.
89. وفاء معنون حمزة، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى دون سنة، دار القاهرة، القاهرة.

4 - المعاجم اللغوية والمعاجم

90. الإفريقي، ابن منظور المصري، تقديم العلامة الشيخ عبد الله العلا يلي- **لسان العرب المحيط**: بإعادة يوسف خياط، مطبعة(1408هـ - 1988م) دار الجيل ، بيروت ، لبنان .

91. الجرجاني العلامة علي بن محمد - **التعريفات** تنظيم: محمد بن عبد الحكيم القاضي، الطبعـة الأولى(1411هـ - 1991م)، دار الكتاب المصري، القاهرة؛ ودار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان.

92. الرازي، مختار الصحاح مكتبة لبنان ناشرون بيروت

93. الطبراني، المعجم الكبير

94. القونوي قاسم بن عبد الله ، **أنيس الفقهاء** - تحقيق: أحمد عبد الرزاق الكبيسـي، الطبعـة الأولى (1406هـ)، دار الوفاء، جدة.

95. المناوي محمد عبد الرءوف (ت:952 – 1031هـ)- **التوقيف على مهمات التعاريف معجم لغوي مصطلحي**: تحقيق: الدكتور محمد رضوان الداية، الطبعة الأولى(1410هـ – 1990م)، دار الفكر المعاصر، بيروت ، لبنان ؛ ودار الفكر، دمشق ، سورية .

96. النووي يحيى بن شرف ، **تحرير ألفاظ التنبيه** - تحقيق: عبد الغـني الـدقر، الطبعـة الأولى (1408هـ)، دار القلم، دمشق.